

## La mercantilidad del contrato de transporte terrestre de mercancías.

[BIB 2011\16019](#)

**Juan Pablo Rodríguez Delgado.**

**Publicación:** Revista de Derecho Mercantil num.281/2011 parte Estudios  
Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2011.

### I. Introducción

La noción de contrato de transporte, genérica para todos y cada uno de los diferentes modos<sup>1</sup>, tiene un origen doctrinal, ya que el C.Com –como norma reguladora del contrato de transporte– no contiene una definición del mismo<sup>2</sup>. La doctrina mayoritaria está de acuerdo en contemplarlo como el contrato por el cual *una parte (llamada porteador) se obliga, a cambio de un precio, a realizar las operaciones necesarias para trasladar de un lugar a otro una cosa (o una persona, o ambas) en las condiciones pactadas y expresadas en el contrato*<sup>3</sup> (condiciones que deberán reflejar el modo en que la mercancía es transportada). Esta definición, como decimos, pretende comprender las diferentes modalidades de transporte, desde la terrestre (objeto de nuestro trabajo), hasta la marítima, aérea o fluvial.

<sup>1</sup> Garrigues, Joaquín: *Curso de derecho mercantil*, Tomo II, 7º ed., Madrid, 1980, p. 206; Llorente Gómez de Segura, Carlos: «El contrato de transporte terrestre», en De la Cuesta Rute, J. M. (dir.). «Contratos mercantiles», Tomo II, Bosch, p. 979.

<sup>2</sup> La Orden Ministerial de 25 de abril de 1997 ofrece un concepto de contrato de transporte terrestre de mercancías: «A los efectos de esta Orden, se considera contrato de transporte de mercancías por carretera aquél mediante el cual una persona, física o jurídica, titular de una empresa dedicada a la realización de transportes por cuenta ajena o a la intermediación en la contratación de los transportes, se obliga, en nombre propio y mediante un precio, a realizar, por cuenta de otra, las operaciones que resulten precisas para trasladar adecuadamente una o más cosas de un lugar a otro mediante la utilización de vehículos de tracción mecánica que circulen por carretera».

<sup>3</sup> Vicent Chuliá, Francisco: *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanch, 21º ed., 2008, p. 985; Sánchez Calero, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 2 Vol., Aranzadi, Navarra, p. 446; Uría/Menéndez/Soto, *Curso de derecho mercantil II*, Civitas, Navarra, 2007, p. 327; Díaz Moreno, Alberto: «El contrato de transporte terrestre», en Jiménez Sánchez, Guillermo: *Derecho mercantil: títulos valores, las sociedades mercantiles, obligaciones y contratos mercantiles, derecho de la navegación*, 13 ed., Ariel, 2009, p. 608; Broseta Pont, Manuel/Martínez Sanz, Fernando: *Manual de Derecho Mercantil*, 16ª ed, Tecnos, Madrid, p. 152; Llorente Gómez de Segura, «El contrato de transporte...», en Calvo Caravaca, *op. cit.*, p. 476; Ortuño Báez, M. T. en Gallego Sánchez, E. «Contratación mercantil. Volumen III». Tirant 2003, p. 1419-1420; Llorente Gómez de Segura, «El contrato de transporte...», en De la Cuesta Rute, *op. cit.*, p. 990, entre otros. Garrigues, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, p. 209 lo define como aquel «Contrato consensual por el que una persona llamada porteador se compromete, mediante un precio, a realizar las operaciones necesarias para trasladar una cosa material de un lugar a otro bajo su propia custodia». Nótese la ausencia del término «persona», a diferencia del resto de autores que introducen dicho término en su definición.

El Código Civil dedica tres artículos –no derogados por la nueva regulación–, el 1.601 (establece que los conductores están sujetos a la guarda y custodia de las cosas que se le confían), 1.602 (que los *transportistas* responden de la pérdida y averías de las cosas que reciben) y 1.603<sup>4</sup> (comprendidos en la Sección III del Capítulo III, que se refiere al arrendamiento de obras y servicios) a exponer una breve pincelada sobre el transporte «sin más»<sup>5</sup>, ya que no era la intención del legislador decimonónico el que este negocio jurídico fuese regulado por un ámbito que no fuese el comercial. Nuestro legislador comprendió que el transporte es un acto mercantil, tal como ponía de manifiesto en su primer artículo dedicado a ello –349 C.Com<sup>6</sup>–. De esta manera, el contrato de transporte civil, por reducción, queda delimitado a todo objeto que no sea mercadería ni efectos del comercio, siempre que el porteador no sea comerciante o que, aún no siéndolo, se dedique habitualmente a verificar transportes para el público<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Para un mayor estudio del contrato de transporte civil *vid.* Mapelli, Enrique: *Régimen jurídico del transporte*, 1987, pp. 31-51.

<sup>5</sup> Artículos estos que no son derogados por la Disposición Derogatoria de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, como bien pone de manifiesto Illasca Ortiz, Rafael: Editorial «La nueva Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías», *Revista Derecho de los Negocios*, Diciembre, 2009.

<sup>6</sup> El C.Com determina, únicamente, cuándo el contrato de transporte terrestre es un contrato mercantil, regulándose el resto de situaciones contractuales por la legislación civil.

<sup>7</sup> Mapelli, *Régimen jurídico del transporte*, op. cit., p. 33.

La actividad más estrechamente ligada al ámbito del transporte es el comercio, y de ahí que su regulación deba ser recogida en el C.Com. En los artículos 349 a 379 (Libro II, Título VII, en vigor sin apenas modificaciones desde su promulgación en 1885) para el terrestre, y artículos 652 a 718 y 737 a 805 (Libro III, Título III) para el marítimo. Por razones obvias, el aéreo no está recogido en el C.Com. Estamos, por tanto, ante una normativa puramente mercantil, disciplinada por el Código y el resto de leyes mercantiles aprobadas al efecto.

Otra de las particularidades que se deben resaltar al hablar del contrato de transporte, objeto de nuestro estudio, es la *mercantilidad* del mismo. Término este que considero engloba en una misma concepción, y con una gran precisión, los elementos que el propio Art. 349 C.Com presupone a un contrato para reputarlo mercantil, y por tanto sometido a la disciplina del Código. Sin ánimo de ser exhaustivo, el C.Com requiere que la carga a transportar sean «mercancías»<sup>8</sup> (se considerarán mercancías tanto las primeras materias como los productos manufacturados y los semovientes<sup>9</sup>) o «cualesquiera efectos del comercio» (son los títulos de crédito, billetes de banco y los títulos de acciones de sociedades); así como que sea «comerciante» el porteador (o bien se dedique habitualmente al transporte, sin exigirse en este caso ser comerciante)<sup>10</sup>. En este segundo supuesto contemplado en el artículo citado no se requerirá que el objeto a transportar sean mercancías. Todos los portes no comprendidos en estos supuestos tendrán naturaleza civil (que como vimos se encuentra regulado en los arts. 1601 a 1603 C.Civ.) y no mercantil. Nótese que el carácter oneroso del contrato como elemento característico de la mercantilidad no aparece recogido en dicha enumeración.

<sup>8</sup> Las mercancías que pueden ser objeto del contrato de transportes deben cumplir el requisito de la «licitud», el cual no debe ser entendido en términos absolutos, sino en función del destino o de la finalidad con que aquéllas son desplazadas. Gómez Calero, *El transporte internacional de mercancías*, Civitas, Madrid, p. 31.

<sup>9</sup> Se entiende por «semovientes» todo tipo de ganado propiedad de una persona física o jurídica, y con el que se pueden efectuar transacciones económicas». Uría/Menéndez/Soto, *Curso de derecho mercantil...*, op. cit., p. 328. Mapelli, *Régimen jurídico del transporte*, op. cit., p. 32.

<sup>10</sup> El C.Com. en sus primeros artículos no impone otras condiciones de aptitud para ejercer el comercio que las exigidas por el Derecho civil para tener capacidad de obrar, ni otras de exclusión que las incapacidades establecidas por el mismo Derecho. Serán por tanto comerciantes los que, teniendo capacidad legal (mayores de edad y con libre disposición de sus bienes) para ejercer el comercio se dediquen habitualmente a él (el Art. 3 del C.Com. refiere que el ejercicio de la habitualidad en el comercio debe estar sometido a unas condiciones referidas a la publicidad de la actividad o al ejercicio de esta en establecimiento mercantil). Sobre este aspecto de la mercantilidad del porteador, Punto 3 de este mismo capítulo para un mejor análisis.

Por tanto, si tuviésemos que resumir en unas líneas el concepto de contrato de transporte mercantil, estas serían las siguientes:

1. La actividad del porteador debe consistir en el traslado de cosas (o personas) desde un lugar de origen hasta otro de destino.

2. El porteador, bien por su condición de comerciante, bien por su habitualidad en el ejercicio de esta actividad, es un empresario del transporte<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Mapelli, *Régimen jurídico del transporte*, op. cit., p. 59.

3. El contrato de transporte es *oneroso*<sup>12</sup> (si bien habría que matizar si el precio es un elemento esencial del contrato), bilateral, consensual, indivisible y fungible.

<sup>12</sup> Aunque como hemos dicho esta nota no venga recogida en el art. 349 C.Com, la legislación internacional referida al transporte de mercancías no ha dudado en definir la onerosidad del contrato como elemento esencial del mismo. *Vid.* Art. 1

CMR, art. 1 COTIF-CIM, art. 1, Convenio de Montreal, art. 1.6, Reglas de Hamburgo o art. 1.1 Reglas de Rotterdam.

4. El objeto del contrato son las mercancías, si bien las personas pueden ser objeto del contrato de transporte dada la autonomía de la voluntad que rige este tipo de contratos.

Una de las grandes dificultades que ha supuesto para la concepción jurídica del contrato de transporte de mercancías ha sido siempre, y muy especialmente en nuestros días, la delimitación de la figura del porteador terrestre<sup>13</sup>. El Código de Comercio, tanto en su cuerpo normativo, como en su Exposición de Motivos refleja una falta de preocupación por esta cuestión, tanto es así que huye de definiciones<sup>14</sup> en torno a los elementos personales del contrato de transporte terrestre. Y me refiero a una necesidad de definiciones de las figuras contratantes de transportes y no a los elementos reales o formales no por puro capricho, sino porque a diferencia de otros contratos, el de transporte posee una singularidad sustancial en este campo, y es que la intervención de partes no contratantes en las operaciones de transporte es un hecho que dificulta la delimitación de algunas de estas figuras, y en especial de la figura del porteador. Estamos ante un contrato que no agota su radio de acción únicamente en los *firmantes*<sup>15</sup> (utilizando aquí el término firmantes para referirme a las partes contratantes, que si bien no requiere de una firma escrita, con ello quiero poner de manifiesto la conformidad en el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que se derivan de la relación contractual), sino que aparecerán a lo largo de la vida del contrato unos *personajes* (elementos subjetivos de la relación) tales como los consignatarios o destinatarios que intervendrán de una manera muy directa en su ejecución<sup>16</sup>, quienes habitualmente ostentarán el derecho a recibir las mercancías en el punto de destino convenido en el contrato, o los porteadores efectivos.

<sup>13</sup> Emparanza Sobejano, Alberto: *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Comares. Granada, 2003, p. 133. También en el Preámbulo IV de la Exposición de Motivos de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.

<sup>14</sup> Si bien es cierto, que el legislador español ha renegado constantemente de este tipo de estructura legislativa, una gran parte de Estados, así como el propio legislador comunitario, suelen comenzar su cuerpos normativos con un artículo dedicado a definir conceptos, que bien por su complejidad técnica o por sus variadas discrepancias doctrinales, permite un mayor entendimiento y una mayor uniformidad en sus interpretaciones, aunando los conceptos diversos que pudiesen darse.

<sup>15</sup> Entre otros Díaz Moreno: «El contrato de transporte...», *op. cit.*, p. 611; Broseta Pont, M. «Manual de Derecho Mercantil (V.II)»; Tecnos 2008 (15ª edición), p. 157. Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 450; Uría/Menéndez/Soto, *Curso de derecho mercantil...*, *op. cit.*, p. 328; VV.AA. *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>16</sup> Junto al destinatario aparecerán otras figuras, de las que tendremos tiempo de hablar, como el comisionista, el expedidor, agencias, transitarios, etc., que bien de forma auxiliar, bien asumiendo las obligaciones y responsabilidades del porteador, tendrán una posición determinante en el contrato de transporte y en su ejecución.

No cabe duda que esta dificultad a la hora de precisar los sujetos participantes del contrato de transporte de mercancías ha sido fuente de continuos problemas, y no sólo problemas de carácter teórico, sino también en el ámbito de la práctica comercial, como así nos recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 15/2009, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, de 11 de noviembre de 2009 (en adelante LCTTM), que en su primer párrafo nos advierte de la defectuosa regulación, hasta ese momento, de estas cuestiones, tanto en el Código de Comercio como en las leyes administrativas. Estas dos novedades, la mercantilidad del contrato (y todos sus elementos), como los sujetos contratantes, en especial la habitualidad en la forma de contratar del porteador (o porteadores contractuales), constituyen los dos grandes bloques a los que dedicaremos las siguientes páginas. Partiendo de la legislación anterior, el C.Com, nos adentraremos en la nueva legislación, LCTTM, para observar las novedades introducidas por esta reciente norma.

## II . El contrato de transporte terrestre y la mercantilidad en la LCTTM

No cabe duda de que la determinación de los sujetos del transporte ha sido, en el Derecho español, fuente de continuos problemas tanto teóricos como prácticos. Prueba de ello es la ingente jurisprudencia que ha conocido de los problemas suscitados por la determinación de la legitimación activa y pasiva de los sujetos intervinientes en un transporte, así como el continuo debate doctrinal, iniciado de forma magistral por el profesor Garrigues<sup>17</sup>, pasando por tantos y tantos juristas de reconocido prestigio, hasta nuestros días. Problemas propiciados por una defectuosa regulación de tales cuestiones como bien sentencia la Exposición de Motivos de la LCTTM.

<sup>17</sup> Si bien este autor no es el primero en poner de manifiesto los problemas doctrinales que en torno a la figura del porteador se suscitaban (ya antes autores como Rubio, *Sainz de Andino y la codificación...*, *op. cit.*; Martí de Eixala, R./Durán y Bas, M. *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, Sociedad General de Publicaciones, 1911; Estasén, P. «Instituciones de Derecho mercantil», Vol. IV, 1890, entre otros) sí que puede ser considerado, dada su eminencia en el campo del derecho mercantil, como uno de los iniciadores de esta disputa doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del porteador y del comisionista de transporte.

Frente a ese panorama existente, no debe de extrañar la urgencia que de una nueva regulación adolecía<sup>18</sup> el ámbito del contrato de transporte terrestre. La especial atención que la ley dedica a la determinación de los sujetos del transporte, y de modo particular, a los problemas que plantea la intervención de varios sujetos en el transporte de mercancías por carretera, es prueba de ello.

<sup>18</sup> Por todos Cortes, «*Los aspectos mercantiles...*», *op. cit.*, pp. 193-195. El autor recoge acertadamente la necesidad de una nueva Ley, no que modifique el C.Com, sino que derogue su articulado y lo sustituya por uno nuevo. La nueva ley, continúa el autor, debería contener las disposiciones comunes que reflejaran la moderna racionalidad económica del transporte, afrontando el excesivo e innecesario intervencionismo así como introduciendo criterios y técnicas de protección de la parte débil.

Ante la necesaria reforma requerida, con una legislación en vigor sin apenas modificaciones desde el momento de la promulgación del C.Com en 1885, los Ministerios de Fomento y de Justicia acuerdan la constitución de una Sección Especial para preparar una Propuesta en la que se regule el contrato de transporte terrestre. A tal fin se dicta la Orden de 16 de marzo de 2005 por la que se constituye, en el seno de la Comisión General de Codificación, una Sección Especial para la regulación de esta modalidad contractual. La Sección Especial comienza sus trabajos en la reunión de 8 de abril de 2005 y celebra 39 sesiones. Tras estas el Anteproyecto de Ley es publicado en el Boletín del Ministerio de Justicia de 5 de julio de 2007. Tras su paso por el Consejo de Ministros es remitido a las Cortes Generales el 24 de octubre de 2008. Superados los trámites de informes, dictámenes, enmiendas así como su paso por el Senado, el Proyecto de Ley es aprobado por las Cortes Generales el 29 de octubre de 2009.

Tres años de elaboración hasta su final elaboración por las Cortes en forma de Ley, que se publicó en el BOE el 12 de noviembre de 2009, núm. 273, 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, calificada, con acierto, como la Ley más importante para el transporte por carretera en España, que junto con la LOTT, regula los aspectos de Derecho Mercantil (es decir, privados) del contrato de transporte terrestre de mercancías. Esta norma sustituirá los decimonónicos artículos del C.Com. –vigentes hasta la fecha– en el Título VII del Libro II, arts. 349-379, ambos inclusive.

## II.A . Novedades

En las páginas que siguen, enunciaremos –muy resumidamente– las principales novedades que introduce respecto al régimen anterior, centrando la atención especialmente en lo concerniente a la figura del porteador y a la mercantilidad del contrato de transporte terrestre.

1.– La LCTTM tiene gran influencia del Convenio C.M.R. –especialmente en el ámbito de la responsabilidad– si bien no es una adecuación «en bloque» como hicieron otros ordenamientos como el belga o el austriaco.

2.– La nueva Ley incluye en su articulado el transporte multimodal –Cap. VII, arts. 67-70–, el transporte de mudanzas (hasta ahora excluido del transporte terrestre por la C.M.R., Art. 1.4) –Cap. VIII, arts. 71-77–, y el transporte realizado por bicicleta –Disposición Adicional Quinta. Se incluye, por tanto, el transporte realizado por pluralidad de modos, siendo uno de ellos el terrestre, con independencia del número de porteadores que intervengan en su ejecución. Igual regulación viene recogida respecto al transporte de mudanzas para aquellas mercancías consistentes en mobiliario, ajuar doméstico, enseres y sus complementos procedentes o con destino a locales o viviendas.

3.– La posibilidad de emitir carta de porte electrónica. Novedad contemplada por la Ley como el reconocimiento –en su Art. 15– de la contratación del transporte por vía electrónica<sup>19</sup>. El hecho de que se requiera el acuerdo de ambas partes limita notablemente su uso al impedir que la voluntad de una sola de ellas sirva como fundamento para su uso.

<sup>19</sup> Sobre la electrificación del transporte terrestre de mercancías Ilescas Ortiz, Rafael: «El transporte terrestre de mercancías: internalización y electrificación», en «El transporte terrestre nacional e internacional». Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pp. 103-142.

4.– Otra de las mejoras incluidas en la Ley –vieja reivindicación de los transportistas– es la revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del transporte. El Art. 38 LCTTM permitirá a los portadores incrementar el precio inicialmente pactado en la cuantía que resulte de aplicar los criterios establecidos para la repercusión que las partidas de gasóleo tengan en los costes del transporte.

5.– Se elimina la dicotomía entre carga fraccionada y carga completa consagradas en la LOTT y en las Condiciones Generales de la Contratación (CGC), utilizándose ahora el término de «paquetería».

6.– He dejado para el final las novedades que más interesan al objeto de este trabajo. Estas se encuentran recogidas en el Cap. I, arts. 1-6 de la LCTTM. Los artículos 1 y 2 concretan el marco jurídico en el que se desarrollará la Ley, el contrato de transporte terrestre de mercancías. El Art. 3 del texto legal, recurriendo al principio dispositivo, permite que las partes puedan excluir determinados contenidos mediante el correspondiente pacto (salvo expresa estipulación contraria en la propia ley). El Art. 4 define los sujetos que formarán parte en las relaciones contractuales que se deriven de la Ley (así define cargador, portador, destinatario y expedidor). El Art. 5 LCTTM establece la *obligación* de contratar en nombre propio. Y el Art. 6 introduce la responsabilidad de los portadores *efectivos* <sup>20</sup>.

<sup>20</sup> El Art. 6 supone una novedad en torno a la figura del portador ya que se introduce en la terminología contractual –por primera vez en nuestro ordenamiento– la calificación de efectivo en relación al portador.

## II.B . Noción de contrato de transporte terrestre

De las novedades enunciadas en las líneas antedichas, en tres nos detendremos con mayor detenimiento. La noción de contrato de transporte terrestre de mercancías, la mercantilidad del contrato y la noción de portador requieren de un pequeño análisis a la luz de la nueva legislación. Es necesario recordar que la LCTTM, en su disposición derogatoria única deroga los arts. 349-379 del C.Com, así como los arts. 951 y 952 del mismo texto. La importancia de esta derogación radica en que todo lo regulado en el C.Com sobre el transporte terrestre de mercancías, que tantas páginas ha suscitado por parte de la doctrina, ha dado paso a la nueva regulación. En este sentido es de celebrar, aunque se haga de forma indirecta (si bien más cómoda para el legislador) la derogación de los preceptos *iusprivatistas* recogidos en la normativa de Ordenación del transporte terrestre. Llama la atención, por el contrario, como bien ha puesto de manifiesto parte de la doctrina «que se mantenga en vigor la denostada O. M. de 25 de abril de 1997, en la medida en que siempre se la ha considerado un *pastiche* poco digerible de normas inspiradas, entre otros instrumentos, en el Código de Comercio de 1885, en un ejercicio de «cortar y pegar» poco edificante desde el punto de vista de una correcta redacción legislativa» <sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Llorente Gómez de Segura, C. «Nuevas reglas para el contrato de transporte terrestre de mercancías». Disponible vía Web en: Última visita: 10 de marzo de 2011.

Ha sido puesto de manifiesto por la doctrina que al hablar del contrato de transporte terrestre de mercancías por carretera nos encontramos ante una especie de contrato de *arrendamiento de obra* <sup>22</sup> (y no de servicios, como equivocadamente establece la Exposición de Motivos del C.Com en sus primeros párrafos al hablar del contrato de transporte), equiparando al portador con el arrendador (el objeto del arrendamiento sería la prestación del transporte) <sup>23</sup> y al cargador con el arrendatario, donde la obligación asumida por el portador no es de medios <sup>24</sup>, sino que el transportista se compromete a obtener un *resultado* <sup>25</sup> (*opus*), y un resultado que deberá realizarse de una determinada manera y en un determinado tiempo <sup>26</sup>. Como ya tendremos ocasión de matizar, el resultado que se pretende a través del contrato de transporte es *fungible*, es decir, puede llevarse a cabo a través del propio portador, o a través de un tercero (matiz que resultará de capital importancia, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, a la hora de determinar la existencia de determinadas figuras afines al portador y que conlleva a distinguir las figuras del Portador



contractual y del Porteador efectivo). La contrapartida que deberá realizar la parte contratante será el pago de una determinada cantidad, ya que el contrato de transporte es **oneroso** <sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Díaz Moreno: «El contrato de transporte...», *op. cit.*, p. 608; Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 447; Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 986; Uría/Menéndez/Soto, *Curso de derecho mercantil...*, *op. cit.*, p. 327; Garrigues, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, p. 209; Broseta Pont/Martínez Sanz, «Manual de Derecho...», p. 154; Llorente Gómez de Segura, «El contrato de transporte...», en De la Cuesta Rute, *op. cit.*, p. 991; Ortuño Báez, M. T. en Gallego Sánchez, E. «Contratación...», p. 1422, entre otros.

<sup>23</sup> Algunas diferencias importantes existentes entre el arrendamiento y el transporte deben recordarse: El porteador asume la custodia de las cosas porteadas, elemento que no aparece en el arrendamiento de obra; y el transporte de mercancías es un contrato que en su fase final conoce la presencia de un tercero (destinatario) que asume derecho y obligaciones. Así lo han puesto de manifiesto entre otros Monge Gil, Ángel Luis: «El transporte terrestre de cosas», en Bermejo Vera, J: *El derecho de los transportes terrestres*, 1999, p. 275.

<sup>24</sup> Una definición más doctrinal, la dada por Lobato Gómez, J. Miguel: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 45, Núm. 2, 1992, p. 653: «Se entiende por obligación de medios aquella en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar, de forma mediata, la satisfacción del interés del acreedor, o lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar (...) donde el deudor debe poner los medios, a través de la actuación diligente».

<sup>25</sup> «Se entiende por obligaciones de resultado aquéllas en las que el deudor se obliga a proporcionar de forma directa en inmediata la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que integra la prestación (...). El cumplimiento dependerá directamente de la producción o no del resultado». Lobato Gómez, «Contribución al estudio...», *op. cit.*, p. 653. La misma conclusión es afirmada por Díaz Moreno: «El contrato de transporte...», *op. cit.*, p. 608; Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 447; Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 986; Uría/Menéndez/Soto, *Curso de derecho mercantil...*, *op. cit.*, p. 327; Broseta Pont/Martínez Sanz, «Manual de Derecho...», p. 154; Ortuño Baeza, María Teresa: «El contrato de transporte», en Gallego Sánchez: «Contratación mercantil», Vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 1422; Llorente Gómez de Segura, «El contrato de transporte...», en De la Cuesta Rute, *op. cit.*, p. 991, entre otros. «No se mira su trabajo, sino el resultado de su trabajo» como acertadamente concluye Garrigues, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>26</sup> El resultado prometido deberá ser completo e indivisible. De no ser así los supuestos de responsabilidad por pérdida, avería o retraso no tendrían sentido como causas de incumplimiento contractual. Mayor problema trae consigo la indivisibilidad del contrato. Algunos autores como Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 896 habla de esta indivisibilidad, si bien la matiza al establecer que «generalmente el resultado del transporte es indivisible». El autor reconoce que esta indivisibilidad se mantienen aunque intervengan en el mismo varios porteadores. Si por el contrario se enfatizase la divisibilidad del contrato, esta concepción nos llevaría a suponer que la tarea principal del porteador no es la de asumir la obligación de trasladar mercancías, sino trasladarlas (entendiendo que por sus propios medios). Sólo así se puede considerar el contrato como divisible. Nos unimos por tanto, a la consideración del profesor Chuliá (y a la de algunos otros) en considerar el contrato de transporte como indivisible, argumentando que el porteador se obliga a transportar las mercancías, por el mismo o por otro (obligación esta indivisible), y no a ejecutar el transporte (obligación que si que podría entenderse divisible si este se realiza por medio de múltiples transportistas).

<sup>27</sup> La onerosidad del contrato también ha sido puesta de manifiesta por la doctrina, puesto que nos encontramos ante un negocio jurídico mercantil que tiene por objeto la obtención de un traslado de mercancías por un lado, y el cobro de una cantidad económica por otro.

Ante la falta de definición de contrato de transporte puesta de manifiesto de forma reiterada por la doctrina, la LCTTM –por fin– consagra una noción del mismo. Tras un artículo primero que delimita el ámbito de aplicación de la Ley –los contratos de transporte terrestre de mercancías por medios mecánicos con capacidad de tracción propia– el precepto siguiente (art. 2) define y enmarca el régimen jurídico del contrato. Estaremos ante un contrato de transporte cuando *el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato*. Con reiteración se ha hablado de la noción de contrato de transporte –tanto a nivel nacional como internacional– aceptada por la doctrina y consagrada jurisprudencialmente como aquel por el que una *persona física o jurídica asume la obligación –y la consiguiente responsabilidad– de efectuar el transporte*. En principio nada nuevo hay bajo el sol con esta Ley. Sin embargo, frente a la asunción de la obligación de transportar, la nueva noción añade otra obligación para el porteador –o por lo menos se desprende así de la definición–, la de poner las mercancías a disposición de la persona designada en el contrato.

Analicemos esto un momento. La asunción de la obligación como elemento definidor del concepto de porteador sigue presente en el contrato (de hecho se consagra definitivamente el criterio jurídico-obligacional desechando la teoría de la ejecución o fáctica, art. 4 LCTTM). El porteador es el

que se obliga a trasladar las mercancías. Nada se dice de que sea este el que tenga que trasladarlas personalmente o utilice para su ejecución a terceros (que podría hacerlo claro está), ni que deba realizar dicho traslado con sus propios medios de transporte o con otros.

La segunda obligación que consagra el artículo segundo es la de poner las mercancías a disposición de las personas designadas en el contrato<sup>28</sup>. Se cambia el hecho de que la entrega fuese al destinatario por la expresión «ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato». El concepto de entrega como posesión material por el destinatario es sustituido por la puesta a disposición a favor de este. Esta obligación, no contemplada de manera directa por la doctrina en definiciones precedentes –ni tan siquiera en Convenios Internacionales, donde el régimen jurídico de la entrega estaba ampliamente olvidado–, consagra la noción de que el transportista no es un mero ejecutor de un transporte, sino que es el obligado a trasladar mercancía y asegurarse de que estas lleguen a su destino. El establecimiento del contrato de transporte como obligación de resultado (y no de servicios) alcanza aquí su máxima expresión. La modificación del destinatario por «cualquier persona designada en el contrato» es una mera mejora técnica, ya que el concepto es el mismo, se utilice o no el término destinatario.

<sup>28</sup> En el trámite de enmiendas se propuso sustituir la frase «y entregarlas al destinatario» por la que actualmente consta en la Ley. Enmienda núm. 20 de 18 de marzo de 2009.

## II.C . Mercantilidad del contrato

La cuestión de la mercantilidad del contrato de transporte ha suscitado un intenso debate sobre qué presupuestos ha de reunir la figura del porteador. La mercantilidad del contrato no es un requisito inherente a su condición, dada la existencia de un contrato civil, sino una exigencia que debe cumplir el sujeto que realice dicha actividad para que estas puedan regirse por el Título dedicado al Contrato mercantil de transporte terrestre (Art. 349-379 C.Com.). El Art. 349, al hablar de los criterios de mercantilidad propios del contrato, establecía como primer criterio que «*el contrato de transporte por vías terrestres o fluviales de todo género, se reputará mercantil: 1. Cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos del comercio*». El segundo criterio centraba su atención en el porteador: *2. Cuando, siendo cualquiera su objeto, sea comerciante el porteador, o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público*»<sup>29</sup>. De esta manera este artículo establecía que el contrato será mercantil cuando el objeto transportado sean mercancías (o cualesquiera efectos del comercio), cuando sea comerciante el porteador, y cuando el porteador se dedicase habitualmente a realizar transportes. El primero de los supuestos no merece especial atención, ya que la homogeneidad está presente en la doctrina en este criterio. En los dos siguientes criterios la heterogeneidad doctrinal no ha tardado en aparecer. Dos interpretaciones han sido propuestas por la doctrina<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Nótese la ausencia de cualquier mención a la necesidad de precio como criterio de la mercantilidad del contrato, cuestión esta que tendremos la oportunidad de profundizar más adelante.

<sup>30</sup> El C.Com de 1829, a diferencia del actual, enmarcaba la figura del porteador y del contrato de transporte dentro del Libro dedicado a los «Comerciantes». Quizás esto pueda ayudar al lector a considerar la *comercialidad del porteador* como requisito necesario en su consideración como parte contractual.

Una primera interpretación lleva a considerar que podrá tratarse de un comerciante dedicado a cualquier género de comercio y no necesariamente al transporte, siendo suficiente el estatuto de comerciante, aunque no se predique de la actividad de porte sino de otra diversa<sup>31</sup>. Es por tanto mercantil cualquier operación de transporte en la que intervenga como porteador un comerciante, con independencia de que éste sea, o no, su género de comercio habitual. Esta interpretación conduciría a admitir que *cualquier comerciante podría asumir un transporte y calificar este de mercantil, a pesar de que este comerciante no fuese un empresario de transportes*<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Gorriç López, *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit. , p. 225, Broseta Pont/Martínez Sanz, «Manual de Derecho...», p. 154 «reputa naturaleza mercantil y sometidos al C.Com. (...) a los que cualquiera que sea su objeto, realice como porteador un comerciante», Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit. , p. 958 «no se exige que se dedique profesionalmente a la actividad de transportista», Padilla González(VV.AA.), «Transportes», op. cit. , p. 514 «el supuesto extiende la mercantilidad a cualquier comerciante que ocasionalmente ejerza como transportista y asuma las obligaciones correspondientes al contrato de transporte».

<sup>32</sup> De todas formas, si algo de positivo tiene esta teoría interpretativa del Art. 349 C.Com. es que peca por exceso y no por defecto. Abarca y atrae a la materia mercantil todos los contratos estipulados por el empresario en el ejercicio de su actividad empresarial.

Una segunda interpretación, también con respaldo doctrinal, dispone que *se requiera que el porteador no sólo revista la condición de comerciante, sino que también se dedique de modo habitual*<sup>33</sup> *a realizar dicha actividad*<sup>34</sup>. Los defensores de este criterio interpretativo consideran poco acertado la tesis anterior al considerar que esta otorga el criterio de la mercantilidad a todo transporte, aún cuando tal carezca de toda relación con el objeto de la actividad empresarial del transportista. Sólo el transporte realizado por un profesional en el ejercicio de su actividad de empresa merecerá la consideración de transporte mercantil. Cualquier otro tipo de transporte habrá de ser calificado como de civil<sup>35</sup>. Esta segunda tesis propuesta, y no a la ligera, considera que es la unión de los dos requisitos propuestos por el Art. 349.2 C.Com simultáneamente, ser comerciante y dedicarse habitualmente a trasladar mercancías, lo que hace que el porteador mercantil sea un comerciante de transporte, no pudiendo serlo un comerciante que esporádicamente se dedique a realizar transportes para el público sin ser esta su actividad principal<sup>36</sup> (sí podrá ser porteador en un contrato de transporte civil). El C.Com. hace descansar la delimitación conceptual en la habitualidad del porteador, como persona que lleva a cabo una actividad de empresa especialmente organizada con el propósito de verificar transportes para el público<sup>37</sup>. Ocasión tendremos de ver cómo el criterio de la habitualidad, hasta ahora enunciado como elemento definitorio de la figura del porteador ha mutado en la LCTTM, ostentando una nueva función como criterio delimitador de la contratación forma de contratación.

<sup>33</sup> Habitualidad que apunta más al concepto modesto de *porteador* que a la idea de empresa de transportes, la cual presupone por parte del empresario una organización del trabajo ajeno dedicado a la ejecución de los contratos de transporte asumidos. Garrigues, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, p. 208. Por el contrario Uría en este concepto una concepción de porteador como persona que ejerce una empresa especialmente organizada para realizar transportes. Pese a estas diferencias, ambos llegan a la misma afirmación. Quizás la nota de la dedicación habitual a la actividad de transporte sea la más acertada para delimitar la mercantilidad del transporte en cuanto que se alude a un ejercicio profesional del que el transportista hace su medio de vida y para el acceso al cual se han establecido una serie de normas administrativas. Fernández Ruiz/Martín Reyes: «El contrato de transporte», *op. cit.* p. 2 (versión adquirida de la base jurídica vlex en).

<sup>34</sup> Emparanza Sobejano, *El concepto de porteador...*, *op. cit.*, p. 138; Garrigues, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, pp. 208-209; Uría/Menéndez/Soto, *Curso de derecho mercantil...*, *op. cit.*, p. 327; Díaz Moreno: «El contrato de transporte...», *op. cit.*, p. 609; Llorente Gómez de Segura, «El contrato de transporte...», en De la Cuesta Rute, *op. cit.*, p. 995, entre otros. «En la habitualidad está implícita la concepción del porteador como persona que ejerce una empresa especialmente organizada para realizar el transporte; e indudablemente el criterio de la empresa es el único seguro para distinguir el transporte mercantil del civil ya que el criterio objetivo es enormemente impreciso en razón de que todas las cosas muebles pueden ser materia de ambos contratos; el transporte puede entrar así en la gran categoría de los contratos de obra por empresa pues el empresario porteador no se compromete solamente a prestar una actividad sino a conseguir el resultado que busca la otra parte, con esto se aproxima también al arrendamiento de obra pero, entre ambos hay una serie de diferencias que no permiten identificarlos, así, el porteador asume directamente la custodia de las cosas, elemento éste que no aparece en el arrendamiento de obra», SAP Pontevedra (Sección 5ª) de 21 enero de 2000.

<sup>35</sup> Monge Gil, «El transporte terrestre de cosas», *op. cit.*, p. 274.

<sup>36</sup> En Capítulos posteriores veremos cómo este criterio ha sido sustancialmente alterado por la nueva LCTTM, donde la necesidad de que el porteador mercantil sea comerciante para situarlo en la esfera de la contratación mercantil ha dejado de tener consistencia normativa.

<sup>37</sup> Monge Gil, «El transporte terrestre de cosas», *op. cit.*, p. 274.

Dejando constancia de que el Art. 349 C.Com. ha dejado de tener validez en nuestro ordenamiento jurídico, debemos buscar en la Ley, en la medida de lo posible, la noción de mercantilidad del contrato consagrada en el derogado Art. 349. La triple exigencia para la mercantilidad: el contrato será mercantil cuando el objeto transportado sean mercancías, cuando sea comerciante el porteador, y cuando el porteador se dedique habitualmente a realizar transportes; parece modificada en la nueva regulación, tanto en la definición del contrato como en la del porteador. La ausencia de la *mercantilidad* del porteador en las operaciones de transporte, tal y como lo entendía la legislación codificada, parece clara. No así el hecho de que el objeto del transporte sean mercancías (no se menciona por ningún lado que puedan ser efectos del comercio). Estas seguirán siendo criterio delimitador de la condición de mercantil del contrato de transporte terrestre<sup>38</sup>.



<sup>38</sup> Tal peso ha adquirido en la mercantilidad del contrato como criterio diferenciador que el término «mercancías» ha sido introducido en el título de la Ley. No era así en el título que llevaba en el C.Com., el cual solo referenciaba al contrato de transporte terrestre.

La necesidad de ser *comerciante* el porteador ha desaparecido del Código, permitiendo, entendemos, que cualquier sujeto que se comprometa a realizar un transporte y ponerlo a disposición de la persona designada en el contrato podrá ser parte contractual de este<sup>39</sup>. La discusión doctrinal presente con la vigencia del Art. 349 C.Com por la que unos consideraban al porteador de un contrato de transporte como cualquier comerciante, que aún sin ser esta su actividad (la de transportar mercancías) asumía el traslado de mercancías de un lugar a otro<sup>40</sup>, mientras que otros requerían de este que su actividad propia fuese precisamente la de transportar cosas (a través de la habitualidad en su actividad) parece haber desaparecido. Si en su momento nos adherimos a la tesis segunda<sup>41</sup>—considerando que es la unión de los dos requisitos propuestos por el Art. 349.2 C.Com simultáneamente, ser comerciante y dedicarse habitualmente a trasladar mercancías, lo que hace que el porteador sea un comerciante de transporte, no pudiendo serlo un comerciante que esporádicamente se dedique a realizar transportes para el público sin ser esta su actividad principal—con la nueva Ley, esa dicotomía conceptual no tiene ya sentido. Será porteador, con independencia de que este sea o no comerciante, el que se obligue a transportar mercancías y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato.

<sup>39</sup> Se desprende así del Art. 5.1 LCTTM en el que en su primera afirmación: «Los contratos de transporte de mercancías se presuponen celebrados en nombre propio». Y dado que no limita la condición de porteador a ningún requisito mercantil, como si hacía el Art. 349 del C.Com., cabe entender que cualquier persona que contrate en nombre propio en transporte de mercancías ostentará la condición de porteador. Y no sólo «los empresarios transportistas, las cooperativas de trabajo asociado dedicadas al transporte, las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización de transportes, los operadores y agencias de transporte, los transitarios, los almacenistas-distribuidores, los operadores logísticos».

<sup>40</sup> Gorri López, *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit., p. 225; Broseta Pont/Martínez Sanz, «Manual de Derecho...», p. 154 «reputa naturaleza mercantil y sometidos al C.Com. (...) a los que cualquiera que sea su objeto, realice como porteador un comerciante»; Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, op. cit., p. 985 «no se exige que se dedique profesionalmente a la actividad de transportista»; Padilla González(VV.AA.), «Transportes», op. cit., p. 514 «el supuesto extiende la mercantilidad a cualquier comerciante que ocasionalmente ejerza como transportista y asuma las obligaciones correspondientes al contrato de transporte».

<sup>41</sup> Emparanza Sobejano, *El concepto de porteador...*, op. cit., p. 138; Garrigues, *Curso de derecho...*, op. cit., pp. 208-209; Uría/Menéndez/Soto, *Curso de derecho mercantil...*, op. cit., p. 327; Díaz Moreno: «El contrato de transporte...», op. cit., p. 609; Llorente Gómez de Segura, «El contrato de transporte...», en De la Cuesta Rute, op. cit., p. 994.

Por el contrario, el concepto de *habitualidad* no ha desaparecido totalmente de la normativa, si bien parece que ha cambiado. La habitualidad se recoge en el Art. 5 de la LCTTM y se predica de los empresarios transportistas, las cooperativas, agencias, transitarios, almacenistas-distribuidores, sociedades de comercialización o de cualesquiera que contraten transportes o intermedien en su contratación. De estos sujetos predica la Ley que sólo podrán contratar en nombre propio. En el caso de no dedicarse habitualmente a estas operaciones podrán, excepcionalmente, contratar en nombre ajeno (se prevé que dicha contratación será posible si así lo hacen constar en el contrato, indican la identidad de la persona en cuyo nombre se contrata y lo realizan con carácter gratuito). El problema que esto suscita es si esta habitualidad hace referencia al porteador o a figuras afines que intermedien en la contratación de transportes. Cuestión esta no privada de razón, en especial por la desaparición del término de comisionista de transportes recogida en el derogado Art. 379 del C.Com. El *criterio de habitualidad* ha dejado de ser definitorio de la figura del porteador ostentando una nueva función como criterio delimitador de la contratación en nombre propio o en nombre ajeno.

Un último criterio parece esbozarse en la nueva regulación. El artículo primero y segundo de la LCTTM, al definir el ámbito objetivo y material de la ley, establecen que el objeto de la presente es el «contrato de transporte terrestre de mercancías», siendo este definido por la misma como *aquél por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías*. Se introduce como criterio de mercantilidad del contrato de transporte, y por extensión en lo que afecta a la figura del porteador, la necesidad de la onerosidad del contrato. El contrato de transporte de mercancías debe ser retribuido —a cambio de un precio<sup>42</sup>— para que este se reputa mercantil (diferenciándose de esta manera del contrato civil, el cual podrá ser gratuito). Si el ámbito objetivo de aplicación de la Ley es el contrato de transporte remunerado, aquél desplazamiento gratuito estará

excluido de su aplicación. Intuimos que con ello el legislador ha querido extraer del ámbito de aplicación de la Ley cualesquiera reclamaciones por responsabilidad que se hubiesen realizado en el marco de transportes gratuitos o de cortesía. Criterio este ya recogido por los Convenios Internacionales (Art. 1.1 CMR: «El presente Convenio se aplicará a todo contrato de transporte de mercancías por carretera realizado a título oneroso por medio de vehículos...»). En el ámbito internacional el contrato de transporte terrestre debe ser oneroso (se excluyen los transportes gratuitos o benévolos). Lo indispensable es que exista una contraprestación por el transporte realizado<sup>43</sup>. Si bien no ha dejado de ser discutido por la doctrina cómo debe ser esta remuneración, si en dinero o cabe la posibilidad que sea en especie<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> La novedad en la legislación mercantil española, ausente de la mayoría de los textos legislativos nacionales, es sin embargo, una de las dos notas comúnmente aceptadas como identificadoras de la relación jurídica: la obligación de porteador de realizar una obra determinada que tiene como contrapartida el pago de una cantidad determinada. *Vid.* Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 461; VV.AA., *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 59. La legislación internacional referida al transporte de mercancías no ha dudado tampoco en definir la onerosidad del contrato como elemento esencial del mismo. *Vid.* Art. 1 CMR, art. 1 COTIF-CIM, art. 1, Convenio Montreal, art. 1.6 Reglas de Hamburgo o art. 1.1 Reglas de Rotterdam.

<sup>43</sup> Es indiferente que esta remuneración sea al contado o por cualquier otro sistema. Sánchez Gamborino, *El contrato de transporte...*, *op. cit.*, p. 48; Llorente Gómez de Segura, C. «El contrato de transporte...», p. 480. Con esta onerosidad el Convenio pretende limitar el transporte al realizado por profesionales o por cuenta ajena.

<sup>44</sup> «However, it has been suggested that the reward need not take the form of cash. This appears to have been the intention of the authors of the CMR, who were concerned that parties might seek to evade the CMR by contracting for remuneration in kind. This part of Article 1.1 has given rise to little difficult or litigation» Clarke, *International Carriage...*, *op. cit.*, p. 87. En el mismo sentido Loewe, «Commentary on the Convention...», *op. cit.*, p. 320.

## II.D . Noción de porteador

Muy relacionado con lo visto hasta ahora es lo referente a la noción de porteador como sujeto delimitador también de la mercantilidad del contrato de transporte. Dicha noción no viene recogida en ningún párrafo en la legislación mercantil (no incluyo en esta afirmación la definición contenida en las Condiciones Generales de la Contratación, Orden Ministerial de 25 de abril de 1997, por no considerarla esta norma legal propiamente mercantil). Pese a este silencio, la doctrina no ha dudado en definir al porteador como *la persona física o jurídica que asume la obligación –y la consiguiente responsabilidad– de efectuar el transporte*<sup>45</sup>. De esta definición se desprenden varias cuestiones que debemos abordar. Con la intención de enunciarlas brevemente, nos plantearemos la problemática existente en torno al criterio jurídico-obligacional que se presume en la noción asumida; en segundo lugar debemos mencionar la necesidad o, por el contrario, su falta de ella, de que el porteador sea titular de los medios necesarios para ejecutar el transporte; y por último, no menos importante es la habitualidad o profesionalidad que se le presume en el ejercicio de sus funciones.

<sup>45</sup> En una misma línea argumental se encuentran Díaz Moreno: «El contrato de transporte...», *op. cit.*, p. 611; Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 451; Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 985; Broseta Pont/Martínez Sanz, «Manual de Derecho...», p. 157; Llorente Gómez de Segura, «El contrato de transporte...», en De la Cuesta Rute, *op. cit.*, p. 998; Ortuño Baeza, «El contrato de transporte», *op. cit.*, p. 1428. Emparanza Sobejano, *El concepto de porteador...*, *op. cit.*, p. 138; Sánchez Andrés, Aníbal: Voz «Transporte», en Montoya Melgar (Director): *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 6652, entre otros.

Cuestión primaria es delimitar el carácter esencial de la persona que va a transportar las mercancías –incólumes– de un lugar a otro. Ante la ausencia de una noción específica, resulta necesario acudir al carácter contractual del negocio jurídico para analizar en profundidad si nos encontramos ante un criterio delimitador de su figura fáctico o volitivo<sup>46</sup>. El primero nos conduciría a afirmar que el porteador lo es en tanto que, con independencia de que asuma o no el compromiso de realizar el transporte, este es quien lo ejecuta por sí mismo<sup>47</sup>. Esta afirmación, en principio no ayuna de razón, no puede ser admitida. Aunque podamos decir que el porteador, en sentido material, es quien ejecuta la actividad de transportar, tal consideración no es la que determina el negocio jurídico (a pesar, no obstante, de la materialidad en la ejecución del transporte que puede realizar el porteador efectivo, siendo este, como veremos, un verdadero porteador). La noción del contrato de transporte no se configura como tal porque el porteador ejecute por sí mismo el transporte (lo cual normalmente hace, pero que puede encargar a otro, ya que ello no forma parte de sus obligaciones contractuales<sup>48</sup>), sino que donde radica su esencia es en que *asume la obligación de ejecutarlo* y la

correspondiente responsabilidad del resultado de la obra<sup>49</sup>. Algunos autores –la mayoría– han rechazado esta hipótesis por considerarla alejada de la legislación vigente en el C.Com<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Ya hice referencia a las diferentes teorías que la doctrina ha enunciado para diferenciar el modo en el que el porteador asume la tarea de transportar mercancías. Sirva esta nota como recordatorio: Teoría fáctica de la noción de porteador: La condición de porteador se atribuye a la parte del contrato que ejecuta la prestación que configura el objeto de la obligación principal. Junto a esta teoría podemos identificar la Teoría volitiva como aquella por la cual el porteador lo es porque asume la obligación de transportar (sea con sus medios propios, con los de otro, o contratando a alguien para que la realice). Por último, la Teoría «de la propiedad» por la que se identificaría al porteador como el titular de los medios de transporte, con independencia del grado de asunción de obligación que asumiese. Gorrión López, *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit., p. 209.

<sup>47</sup> En esta cuestión se aparta Uriá del resto de la doctrina mayoritaria moderan. El autor señala que el porteador es el que «asume directamente la obligación de realizar el transporte». Uriá, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, 27ª ed., 2000, p. 705. También Garrigues, *Curso de derecho...*, op. cit., p. 210 deja entrever este criterio al afirmar que «lo esencial es que se obligue directamente a realizar el transporte», si bien salva de alguno modo la taxatividad de la que adolece Uriá al continuar diciendo que «sea por sí misma, sea valiéndose de elementos auxiliares». Tendremos la ocasión de ver como entiende el profesor la figura de estos auxiliares, si como dependientes del porteador, si como ajenos a su organización. Recientemente Uriá/Menéndez/Soto, *Curso de derecho mercantil...*, op. cit., p. 328. Junto a esta opinión se posiciona alguna sentencia: STS 11 de octubre de 1986, en su Fundamento Jurídico 2º «el porteador es el que asume directamente la obligación de llevarlo a cabo».

<sup>48</sup> Salvo que se hubiese pactado de esta forma (por ejemplo, prohibiendo la subcontratación, pacto que resulta totalmente lícito). Vid. VV.AA., *Comentarios a la Ley de transporte...*, op. cit., p. 78.

<sup>49</sup> Como acertadamente pone de manifiesto Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho...*, op. cit., p. 451.

<sup>50</sup> Las razones que han llevado a esta desencaminada teoría pueden agruparse en diferentes tipos. Una primera razón hubiera sido la influencia en parte de la doctrina del *Code de Commerce* francés de 1807, por la que la figura del *voiturier* era contemplada desde una posición puramente fáctica, es decir, como ejecutor del transporte, sin tener en cuenta que nuestro Código ha seguido «la senda trazada por el de Sainz de Andino (...) muy alejado del modelo previsto en el *Code*». Tampoco ha ayudado la opacidad con que el Código consagró la figura del comisionista de transporte en el Art. 379, donde la división de la doctrina en torno a su asimilación con la del porteador ha sido considerable. Una tercera razón para afirmar la inadecuada consistencia de la noción fáctica de porteador ha sido introducida por algún autor en atención a la regulación administrativa que en materia de transporte se ha producido en nuestra legislación. Razón acertadamente expuesta por Emparanza Sobejano al afirma que «esta profusa regulación (...) ha distorsionado el panorama jurídico imperante, puesto que para apoyar la noción estricta de porteador se ha traído a colación este conjunto normativo de naturaleza jurídico-pública» (Emparanza Sobejano, *El concepto de porteador...*, op. cit., p. 140.), frente al carácter jurídico-obligacional existente en el C.Com. Tanto la LOTT como las Condiciones Generales de la Contratación han dejado a un lado la necesidad de asumir la obligación de transportar centrándose en las exigencias públicas para poder realizar el transporte.

El segundo de estos criterios delimitadores de la figura del porteador es el volitivo<sup>51</sup> –mayoritario entre la doctrina moderna–. Asumir jurídicamente un transporte equivale a asumir la obligación de obtener el resultado pactado entre las partes, siendo indiferente a la hora de calificar a una persona como porteador el que este realice el transporte directamente o encomiende dicha labor a un tercero<sup>52</sup>. La falta de noción jurídica definitoria de este concepto no deja más camino que el de acudir al negocio jurídico que se está realizando. Si el contrato de transporte, como suma de dos obligaciones (dado el carácter consensual del mismo<sup>53</sup>), es considerado por la doctrina como un contrato de obra, esto es de resultado, la conjunción de estas dos realidades contractuales no dejan otra salida que afirmar el criterio jurídico-obligacional como delimitador de la figura del porteador dado que el porteador se obliga a transportar (el transportar es entendido entonces como el resultado) siendo indiferente el modo o los medios que utilice para el cumplimiento (salvo que estos se pacten expresamente en el contrato) de dicha obligación dado que lo importante es la asunción por parte de este de la obligación de transportar mercancías incólumes de un lugar a otro. El criterio jurídico-obligacional ha sido el asumido por la inmensa mayoría de la doctrina<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Nombre que toma por el hecho de que este criterio tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad existente en el contrato de transporte.

<sup>52</sup> En este sentido es de agradecer la clarividencia de autores que expresan esta posición. Llorente Gómez de Segura, «El contrato de transporte...», en De la Cuesta Rute, op. cit., p. 998, hace un breve análisis de esta cuestión al anunciar que «no cabe la menor duda de que el concepto de porteador es un concepto amplio que incluye no sólo a quién, comprometiéndose al transporte, lo lleva a cabo por sí mismo, sino también a quien cumple la obligación asumida frente a su cliente utilizando la colaboración de otros».

<sup>53</sup> STS 14-07-1987, FJ 3º «reconoce expresamente el carácter consensual del contrato de transporte».

<sup>54</sup> Díaz Moreno: «El contrato de transporte...», op. cit., p. 611 «el porteador es la persona que asume la obligación de efectuar el transporte»; Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho...*, op. cit., p. 451 «asume la obligación de conseguir un determinado resultado»; Broseta Pont/Martínez Sanz, «Manual de Derecho...», p. 157 «porteador es el que asume la obligación de transportar la cosa»; Padilla González, Rafael (entre otros): «Transportes», en Jiménez Sánchez, G. (dir.): «Lecciones de derecho mercantil», Tecnos, 13ª edición, 2009, p. 516-517 «es el que asume contractualmente la obligación (...) independientemente de que lo realice directamente o a través de terceros»; Ortuño Baeza, «El contrato de transporte», op. cit., p. 1428 «persona que asume la obligación de realizar el transporte»; Emparanza Sobejano, *El concepto de porteador...*, op. cit., p. 138 «persona que asume la obligación de transportar», entre otros.

Un último criterio aludido por la doctrina, si bien muy cercano al primero, promulga identificar al porteador con el sujeto titular de los medios de transporte (tesis de enorme influjo administrativo). Considerar si quiera esta tesis como tal carece —a nuestro entender— de criterios jurídicos, dado que ya no sólo reduciría la figura del porteador a un mero propietario de vehículos terrestres con tracción mecánica capaces de almacenamiento para su transporte, sino que elimina cualquier elemento jurídico de la misma. La noción de porteador no puede, pues, descansar en la posesión de los medios que hacen posible la conducción<sup>55</sup>, sino en los compromisos u obligaciones asumidos por el mismos. Por eso debe calificarse también como transportista quienes realizan el transporte sirviéndose de vehículos ajenos.

<sup>55</sup> Sánchez Andrés, Voz «Transporte», op. cit., p. 6652.

El análisis de la noción de porteador en el ámbito del transporte terrestre exige referirse, siquiera marginalmente, a la Ley 16/1987, así como al Reglamento que la desarrolla. Resulta necesario poner de manifiesto cómo la LOTT, pese a su modificación por medio de la Ley 29/2003, de 8 de octubre —sobre mejora de las condiciones de competencia y seguridad en el mercado de transporte por carretera— sigue sin dar respuesta alguna al interrogante que durante tanto tiempo ha girado en torno a la figura del porteador. Menciona la ley, sin embargo, las condiciones previas de carácter personal para el ejercicio profesional que los sujetos dedicados al transporte de mercancías deben ostentar. Estas son recogidas en los Art. 42 y ss. LOTT, estableciendo las condiciones y requisitos de acceso y desarrollo de dicha actividad. La reunión de ciertos requisitos<sup>56</sup>—como son la nacionalidad española o de otro Estado de la Unión Europea (Art. 42 LOTT), honorabilidad presumida por la falta de condena o de sanciones reiteradas (Art. 44 LOTT), capacitación profesional mediante conocimientos necesarios para el ejercicio de la actividad (Art. 43 LOTT)<sup>57</sup> y la disposición económica mediante recursos financieros (Art. 45 LOTT)— permitirá adquirir el título habilitante para el ejercicio profesional de la actividad. Junto con este título será necesaria la inscripción en el Registro General de Transportistas y de Empresas de Actividades Auxiliares y Complementarias del Transporte (Art. 53 LOTT).

<sup>56</sup> Vid. Solernou Sanz, E.: «Algunas notas sobre el régimen jurídico de las agencias de transporte y de los transitarios», en I Congreso Internacional de Transporte. Los retos del transporte en el siglo XXI (dir. Martínez Sanz: coord. Petit Lavall), Vol. I, Valencia, 2005.

<sup>57</sup> Se entiende por capacitación profesional la posesión de conocimientos necesarios para el ejercicio de la actividad de transporte (acreditación que se obtiene mediante las pruebas reguladas por la OM de 28 de mayo de 1999). Con este requisito se pretende garantizar al usuario una calidad mínima del servicio de transporte o intermediación, fomentando a su vez, una mayor competencia en el sector. Solernou Sanz, «Algunas notas sobre el régimen jurídico...», op. cit., p. 1754.

Se observa también como la LOTT, a lo largo de su articulado, ha entrado a regular aspectos que caracterizan el contrato de transporte de mercancías. El porteador, como parte contractual, lo es con independencia del cumplimiento de los requisitos administrativos mencionados<sup>58</sup>. Como tuvimos la ocasión de ver anteriormente, la asunción de la obligación de transportar las mercancías como elemento caracterizador de la figura del porteador nada tiene que ver con los requisitos de nacionalidad, honorabilidad o capacidad económica antes mencionados. Quien se obliga a llevar a cabo un transporte mediante un contrato sin poseer las autorizaciones administrativas correspondientes no deja de ser porteador por ese motivo. Cosa diferente será la responsabilidad jurídico-pública en que pueda incurrir. Esta noción obligacional de la que venimos hablando, como criterio volitivo caracterizador del contrato, tiene por fin reflejo en una norma administrativa. El Art. 22 LOTT —al definir la figura del cargador como *la persona, física o jurídica, que, ya sea directamente o como intermediario de transporte, solicita la realización del transporte en nombre propio y frente a la cual el porteador asume, en virtud del contrato, la obligación de efectuarlo*— consagra, a mi entender de forma definitiva, la noción de porteador como aquél que asume la obligación de realizar el

transporte, con independencia de que lo ejecute él mismo o por medio de otros, contratando su realización con un tercero. Y no sólo consagra como criterio definidor del porteador la asunción de la obligación de transportar, sino que lo hace en un marco exclusivamente contractual («en virtud del contrato»)<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Ahora bien, el incumplimiento por el transportista de estas obligaciones puede incidir en la voluntad contractual e impedir el cumplimiento del contrato. El porteador que incumple la normativa administrativa puede incurrir en responsabilidad que podría comportar la imposibilidad originaria. Gorrión López, *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit., p. 243. STS 28/4/1987 en F.J. 2º «La existencia del contrato de transporte no resulta sin más de la autorización administrativa, por cuanto estas únicamente producen el efecto que les es propio de habilitar al titular».

<sup>59</sup> Conviene afirmar que el porteador lo es en tanto que participa como contraparte en un contrato de transporte, y no como mero participante en actividades de transporte. Esta noción, que venía consagrada en la LOTT antes de la reforma de 2003, llevaba a una consideración forzada de esta figura. Un apretado análisis del Art. 54 LOTT era usado por la doctrina para ver en la Ley la teoría fáctica del contrato, definiendo al porteador consagrado en la ley administrativa como un ejecutor del transporte con los medios personales y materiales pertenecientes a su propia organización empresarial. Emparanza Sobejano, *El concepto de porteador...*, op. cit., p. 145.

Pese a la crítica realizada por parte de la doctrina, son muchos, sin embargo, los aspectos adecuadamente tratados por la legislación administrativa a través de las Condiciones Generales de la Contratación (Orden Ministerial de 25 de abril de 1997). En primer lugar, y el más importante a los efectos de este trabajo, la delimitación –por medio de definiciones– de los sujetos intervinientes en el transporte de mercancías por carretera<sup>60</sup>. En su Anexo A, Condición 1º, se define al porteador como *el transportista que, en virtud del contrato, asume, en nombre propio, la obligación de transportar las mercancías de un lugar a otro*. Las CGC conciben la figura del porteador como la parte del contrato que asume la obligación del porte.

<sup>60</sup> Se asume con gran claridad por parte de la OM de 25 de abril de 1997 la posición amplia de la noción de porteador, que incluye, no sólo a quien, comprometiéndose al transporte, lo lleva a cabo por sí mismo, sino también a quien cumple la obligación asumida frente a su cliente utilizando la colaboración de otros. Llorente Gómez de Segura, «El contrato de transporte...», en De la Cuesta Rute, op. cit., p. 999.

De la enumeración de figuras que se lleva a cabo en las CGC (transportista, operador de transporte, etc.) se desprende que la noción de porteador prevista en dichas Condiciones discurre por los mismos senderos que lo hace el resto del ordenamiento en torno al criterio jurídico-obligacional del compromiso asumido por el porteador. Es este, el porteador, el verdadero protagonista de las CGC<sup>61</sup>: él es titular de derechos, obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato. Pero la Orden Ministerial no sólo avanza en esta línea, sino que da un paso adelante cuando distingue, si bien con una terminología un poco confusa, la figura del porteador contractual, o porteador en general, y el porteador efectivo<sup>62</sup>, que es quien se encarga de realizar materialmente el transporte de las mercancías. Esta distinción conceptual ha contribuido a disipar ciertas dudas sobre la identidad del sujeto responsable del envío<sup>63</sup>, quedando ahora precisado por los compromisos asumidos y las labores que materialmente ha llevado a cabo.

<sup>61</sup> El Art. 4 de las CGC, al definir el Contrato de Transporte como «aquél mediante el cual una persona, física o jurídica, titular de una empresa dedicada a la realización de transportes por cuenta ajena o a la intermediación en la contratación de los transportes, se obliga, en nombre propio y mediante un precio, a realizar, por cuenta de otra, las operaciones que resulten precisas para trasladar adecuadamente una o más cosas de un lugar a otro», pone en el centro del debate la figura del porteador, como aquel obligado a transportar las mercancías, diferenciando clarísimamente las nociones del porteador que contrata la realización del transporte, y la del que se encarga de ejecutarlo.

<sup>62</sup> Esta dualidad conceptual, no presente en nuestro ordenamiento hasta la aprobación de la LCTTM de 2009, procede de los Convenios internacionales reguladores del transporte aéreo (Convenio de Guadalajara de 1961) y marítimo (Atenas de 1974 y Hamburgo de 1978), Zunarelli, Stefano: *La nozione di vettore*, Milano, 1987, pp. 179 y ss.

<sup>63</sup> Emparanza Sobejano, «Un intento desencaminado...», op. cit., p. 9. Véase el mismo autor en Emparanza Sobejano, *El concepto de porteador...*, op. cit., p. 150.

Conviene mencionarla identificación que de la figura del porteador se hace en el texto internacional CMR. Y lo primero que hay que poner sobre la mesa es que el texto no contiene una definición precisa de esta figura<sup>64</sup>, razón por la cual es necesario acotar este sujeto. Su ausencia no ha impedido que la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia consideren al transportista como la parte contractual que asume el compromiso u obligación de transportar las mercancías de un lugar a otro<sup>65</sup>.



. Es, por consiguiente, aceptada por la doctrina que la noción de porteador se define por el criterio jurídico-obligacional (criterio volitivo) y no por el hecho de la ejecución material de las mercancías, que podrá hacerse por el mismo porteador o por medio de otro. Si bien esta conclusión puede parecer precipitada sin un análisis previo, que luego tendremos ocasión de realizar, la lectura del Art. 3 y del Art. 34 del C.M.R. ya nos conduce a ello.

<sup>64</sup> Así lo han puesto de manifiesto Gorriz López, *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit. , p. 210; Emparanza Sobejano, *El concepto de porteador...*, op. cit. , p. 153; Sánchez Gamborino, *El contrato de transporte...*, op. cit. , p. 26; Llorente Gómez de Segura, C. «El contrato de transporte...», p. 486, o en el panorama internacional Zunarelli, *La nozione di vettore*, op. cit. , p. 299 «Il testo convenzionale non si riscontra alcuna definizione del contratto di trasporto della figura del vettore»; Donald, «CMR – An Outline...», op. cit. , p. 171; Hill, D. J. «Carriage of Goods by Road to the Continent». *European Transport Law* , Vol. 11, 1976, p. 192: «It does not however offer any assistance in establishing the exact status of the parties, as none of them are defined by CMR».

<sup>65</sup> Gorriz López, *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit. , p. 210; Sánchez Gamborino, *El contrato de transporte...*, op. cit. , p. 26; Emparanza Sobejano, *El concepto de porteador...*, op. cit. , p. 153; Donald, «CMR – An Outline...», op. cit. , p. 171. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia: STS de 11 de octubre de 1991, STS 14 de julio de 1987, entre otras.

Para poder precisar la figura del porteador, ante la ausencia definitoria mencionada, hemos de indicar que una adecuada definición sólo podrá ser considerada poniéndola en relación con el contrato<sup>66</sup>, único elemento del cual disponemos para precisar el concepto. A pesar de esta deficiencia, ciertos aspectos del C.M.R. consagrados a lo largo de su articulado permiten deducir que la figura del porteador se caracteriza por la *asunción del compromiso* de trasladar las mercancías de un lugar a otro. El porteador, parte contractual, se obliga a llevar a cabo una actividad, la del transporte, poniendo para ello los medios necesarios y garantizando el resultado prometido a la contraparte contractual. Así lo han puesto de manifiesto la doctrina mayoritaria, tanto nacional como internacional<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> La vigencia del principio de autonomía de la voluntad determina su aplicación a la noción de porteador y que se le conciba como elemento subjetivo de la relación sinalagmática que asume la obligación típica. Gorriz López, *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit. , p. 211.

<sup>67</sup> Sánchez Gamborino (para el autor transportista es quien «asume la obligación de contratar», vid. *El contrato de transporte...*, op. cit. , p. 27); Gorriz (Transportista es «la parte del contrato de transporte de mercancías por carretera que asume el desplazamiento de la carga», vid. *La responsabilidad en el contrato...*, op. cit. , p. 210); Clarke (el autor anglosajón, al hablar de la formación del contrato de transporte matiza que se alcanza un punto en las relaciones entre las partes cuando cada uno está listo para comprometerse contractualmente por sí mismo con el otro, uno a transportar las mercancías y el otro a pagar, vid. Clarke, *International Carriage...*, op. cit. , p. 23); Emparanza Sobejano («el porteador se caracteriza por la asunción del compromiso de trasladar las mercancías», vid. *El concepto de porteador...*, op. cit. , p. 153) o Pesce (el transportista internacional lo es cuando asume a título oneroso la ejecución con los vehículos que figuran en el Art. 1.2 CMR del transporte de mercancías por carretera. Se trata de una especificación de la figura jurídica del porteador, generalmente caracterizada por la asunción de la obligación de trasladar las cosas materiales de un lugar a otro, vid. Pesce, *Il contratto di trasporto...*, op. cit. , p. 75 «Si tratta di una specificazione della figura giuridica del vettore di cose, genericamente caratterizzata dalla assunzione della obbligazione di trasferire cose materiali da un luogo all'altro». Pesce, *Il contratto di trasporto...*, op. cit. , p. 76) han concluido que el porteador debe definirse por este criterio volitivo por el cual el porteador lo es porque asume la obligación de transportar (sea con sus medios propios, con los de otro, o contratando a alguien para que lo realice).

Poniendo nuestra atención ahora en la nueva regulación vemos como el Art. 4 LCTTM define al porteador como aquel sujeto que *asume la obligación de realizar el transporte en nombre propio con independencia de que lo ejecute por sus propios medios*<sup>68</sup> o *contrate su realización con otros sujetos*. No reiteraremos el criterio jurídico-obligacional que es asumido por la Ley para definir al porteador (ya visto anteriormente). Si nos detendremos ahora en tres de las nociones propuestas por esta definición; la de realizar el transporte en nombre propio, la independencia de que este se ejecute por su propios medios (o por medios que no sean de su propiedad) o que el transporte sea ejecutado a través de terceros sujetos.

<sup>68</sup> De la lectura del Art. 4.2 LCTTM se desprende una doble noción de los medios empleados. Por una parte habría que atender a estos según su naturaleza personal, es decir, como medios personales a los que el porteador puede acudir para ejecutar el transporte. Entre estos medios destacaríamos los empleados o dependientes de su propia organización empresarial, como aquellos terceros, que sin pertenecer a la misma, sean requeridos para el cumplimiento de la obligación de transportar asumida por el porteador (llamados por la nueva redacción como porteadores efectivos). Por otro lado podría entenderse que los medios aludidos por el literal del apartado segundo del artículo cuarto se refiere a los medios materiales para la realización de su obligación (vehículos o cualquier otro medio de tracción mecánica capaz de transportar mercancías).

Ya hemos anticipado como el artículo quinto prevé que los transportes terrestres sean contratados

en nombre propio. El porteador, según se desprende, tiene el imperativo de *asumir la realización de la obligación de transportar en nombre propio*, cuestión aparentemente distinta<sup>69</sup>. Nos detendremos ahora, brevemente, en ver en qué consiste esto de asumir la obligación en nombre propio.

<sup>69</sup> Poner de manifiesto que el Art. 4 realiza un listado de sujetos (en cuanto que nociones o categorías jurídicas) intervinientes en el contrato de transporte (cargadores, portadores, destinatarios y expedidores), de los cuales solo porteador y cargado son partes contractuales, mientras que el Art. 5 lleva a cabo una enumeración de operadores transportistas, de los cuales deberá estudiarse si son subsumibles en alguna de las categorías jurídicas que el Art. 4 establece.

Dos interpretaciones podrían extraerse de la redacción del artículo. Una, literal si se quiere llamar así, consistiría en que es porteador quien «asume la obligación de realizar un transporte», siendo este transporte (y es aquí donde radica la diferencia) realizado en nombre propio, es decir, por el porteador. Esta interpretación conduciría a pensar que sólo estaremos ante un verdadero porteador cuando es éste el que realiza el transporte en nombre propio (volveríamos a la teoría de la ejecución al asumir el criterio fáctico como delimitador de la noción de porteador<sup>70</sup>). Según esta teoría únicamente el porteador efectivo sería considerado porteador, siendo el «porteador contractual» un operador-intermediario en la contratación, sin responsabilidad asemejada a la de aquél.

<sup>70</sup> Uría/Menéndez/Soto, *Curso de derecho mercantil...*, op. cit., p. 328. El autor señala que el porteador es el que «asume directamente la obligación de realizar el transporte».

La segunda interpretación, de elevado carácter volitivo (o teleológico a mi entender, dado que adecua su discurso al espíritu de la ley) dirigiría su atención a la asunción de la obligación por el porteador, es decir, sin que ningún tercero pueda asumir por aquél la obligación contratada. Ayuda a esta interpretación la definición que realiza de la figura del porteador la Condición 1ª, Anexo A de las CGC cuando se refiere al porteador como el transportista que, en virtud del contrato, *asume, en nombre propio, la obligación* de transportar las mercancías de un lugar a otro. Esta segunda visión centra su atención en el criterio obligacional aceptado por la doctrina mayoritaria. Aceptación esta que nos parece la adecuada en atención al espíritu de la Ley<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Siguiendo esta interpretación, considero inadecuada la redacción del Art. 4.2 LCTTM al ser esta confusa. Proponemos una mejor redacción de la siguiente manera: «Porteador es quien en nombre propio asume la obligación de realizar el transporte con independencia de que lo ejecute por sus propios medios o contrate su realización con otros sujetos».

El hecho de que el transporte sea ejecutado a través de terceros sujetos, o no, como criterio asumido por la noción de porteador abre la puerta a la doble noción de porteador (contractual y efectivo) intuita confusamente en el Art. 6 de la Ley. Independientemente de que el porteador, una vez asumida la obligación de realizar el transporte, contrate su realización efectiva (de la totalidad o parte del transporte) con terceras personas permite distinguir entre la noción de porteador contractual, como el que ha contratado directamente con el cargador asumiendo en nombre propio dicha obligación, y la de porteador efectivo, como el sujeto que realiza efectivamente la materialidad del transporte o bien recibe el encargo de ejecutarlo. Esta doble noción, ya prevista en los Convenios Internacionales<sup>72</sup>, es recogida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>72</sup> Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar de 1974, Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (Art. 1) o Convenio de Guadalajara complementario al Convenio de Varsovia de 1929 (Art. 1).

## II.E . La habitualidad. Criterio novedoso

Los transitarios y las agencias de transportes han estado en el punto de mira constante como operadores de transporte que intermedian en los desplazamientos de mercancías. Una doctrina dividida en la determinación de su naturaleza –bien como portadores, bien como simples comisionistas– en torno a un único término, el de «comisionista de transporte»<sup>73</sup>, ha propiciado, en no pocas ocasiones, un debate doctrinal (y en alguna medida jurisprudencial) estéril<sup>74</sup>, sin poner la vista en la práctica cotidiana de los usuarios de estos operadores y estos mismos. Quizás, y sólo quizás, la nueva Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías pueda clarificar la posición contractual de estos intermediarios.

<sup>73</sup> Para un mayor estudio de esta figura así como su debate doctrina y jurisprudencial, vid. Tobío Rivas, *Los transitarios en el transporte...*, op. cit.

<sup>74</sup> Entre otros: Garrigues, «Curso de Derecho Mercantil», tomo II, 7ª, Madrid; Pascual Arranz, «El contrato de expedición», RJC, 1958; Vicente y Gella, «Curso de Derecho Mercantil Comparado», 4ª edición, 1960; Seco Caro, «El Comisionista de transportes», RDM, 1965; García Amigo, M «La relación contrato de transporte entre las agencias y sus usuarios: legislación y condiciones generales de contratación», RDM 1964; Valpuesta Gastaminza, «Naturaleza jurídica de la comisión de transporte tras la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres», CDC, 1991; Gispert Pastor, Mª T, «Algunas consideraciones en torno a la ejecución del transporte por un tercero», Tirant lo Blanch, Valencia; Recalde Castells, A, «El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte», Cívitas, Madrid, 1992; Broseta Pont, «Manual de Derecho Mercantil», 10ª edición, Madrid, 1994; Sánchez Calero, «Instituciones»; Vicent Chuliá, «Introducción al Derecho Mercantil», 14 edición, Tirant lo Blanch, 2001; Uría/Menéndez, «Derecho Mercantil», Marcial Pons; AnguloenJiménez Sánchez(coordinador), «Derecho Mercantil», tomo II; Díaz MorenoenJiménez Sánchez(coordinador), «Derecho Mercantil, II», Ariel, Barcelona; Vicens Matas, Manuel Mª, «Régimen jurídico y responsabilidad del Transitario», Libro-homenaje a Francisco Miguel Sánchez Gamborino, Fundación Francisco Corell, Madrid, 2005; Tobío Rivas, A. M. «Los transitarios en el transporte nacional e internacional». Comares. 2008. Piloñeta Alonso, L. M., «Las Agencias de Transporte de Mercancías», BOSCH Editor. 1997; Sánchez Andrés, A, «Comentario del Código Civil», Madrid 1991; Gabaldón/Ruiz Soroa, «Manual del Derecho de la Navegación Marítima», Marcial Pons, 2002; ArroyoenUría/Menéndez, «Derecho Mercantil» tomo II; Llorente Gómez de Segura, C, «El contrato de transporte de mercancías por carretera», en «Contratos Internacionales», Tecnos, Madrid 1996; Martín Castro, Mª P, «El transporte multimodal, concepto y sujetos». 2001; Emparanza Sobejano, A. «El concepto de porteado en el transporte de mercancías. Comares. Granada 2003. Jurisprudencialmente STS de 15 de noviembre de 1974 (FJ 3º), STS de 14 de octubre de 1985, STS de 11 de octubre de 1986 (FJ 2º), STS de 14 de julio de 1987, SAT Barcelona de 7 de octubre de 1988, STS de 19 de abril de 1990 (FJ 1º), STS de 2 de febrero de 1998 (FJ 2º), STS de 20 de junio de 1998, SAP Coruña 30 de septiembre de 1998, SAP Vizcaya 1 de febrero de 1999, SAP de Jaén de 08 de mayo de 2000, STS de 15 de febrero de 2001, STS de 19 de abril de 2001 (FJ 5º) y SAP de La Rioja de 15 de febrero de 2002, entre muchas otras

Un primer análisis *exegético* del Art. 5 LCTTM, precepto en el que nos vamos a centrar con mayor intensidad argumentativa, advierte de un hecho a primera vista llamativo. El término «comisionista de transporte» (recogido en el derogado art. 379 C.Com), al que tantas páginas ha dedicado la doctrina, ha desaparecido de la ley. Parece como si el legislador hubiera querido zanjar todo el debate doctrinal que se ha venido fraguando en las últimas décadas, eliminado incluso todo vestigio terminológico del mismo. El término aludido ha sido sustituido, en la vigente Ley, por un elenco operadores que «contraten habitualmente transportes o intermedien habitualmente en su contratación» (Art. 5.2 LCTTM)<sup>75</sup>.

<sup>75</sup> Los empresarios transportistas, las cooperativas de trabajo asociado dedicadas al transporte, las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización de transportes, los operadores y agencias de transporte, los transitarios, los almacenistas-distribuidores, los operadores logísticos, así como cualesquiera otros.

En este primer acercamiento a la literalidad de la norma hay varios puntos significativos que no queremos dejar de mencionar. El primero de ellos es el uso del término «presuponer» en lugar de «presumir»<sup>76</sup>. Esta nueva terminología enfatiza el hecho de que los contratos se celebren en nombre propio, eliminando la incertidumbre que, a mi entender, originaba el término «presunción». El requerir la contratación en nombre propio (sin entrar aún en lo que ello significa) como condición previa a la contratación evita posibles falseamientos interpretativos de la ley que por parte de determinados sujetos pudiese hacerse para evitar dicha obligación y la consiguiente responsabilidad.

<sup>76</sup> El primero: Dar por sentado o cierto algo. Requerir o considerar algo como condición previa (Diccionario Real Academia Española). El segundo: Sospechar, juzgar o conjeturar algo por tener indicios o señales para ello (Diccionario Real Academia Española).

Un segundo elemento a destacar es la obligación de celebrar los contratos de transporte en «nombre propio»<sup>77</sup>. Es obvio, como se desprende de la lectura del artículo, que la ley opta por la representación directa frente a la *laxa* representación indirecta, es decir, por la contratación en nombre propio y por cuenta propia, en lugar de la representación (ello se deduce de la dualidad contractual que persigue la Ley)<sup>78</sup>. Esta contratación, con subcontratación incluida, permite entender que entre cargador e intermediario, así como entre este y porteador hay sendos contratos de transporte (y no un contrato de transporte y uno de comisión como se desprendía de aplicar la teoría de la comisión de garantía). De esta manera el Legislador cree que en la configuración jurídica del contrato de transporte los intermediarios que contraten con los porteadores efectivos deberán hacerlo siempre actuando en nombre propio<sup>79</sup> (y contratando por tanto en nombre propio también), no permitiendo a estos contratar en nombre ajeno, eximiéndose así de la responsabilidad propia del porteador<sup>80</sup>. Sin embargo, de modo asombroso, la ley permite la contratación en nombre ajeno (representación indirecta) en determinadas circunstancias (Art. 5.1 LCTTM). El segundo párrafo del artículo quinto no deja de ser también objeto de discusión. Enumera un catálogo de operadores que contratan habitualmente transportes o intermedian en ellos (diferenciación que entiendo que se

realiza para salvaguardar el Art. 119.2 LOTT<sup>81</sup>): Los empresarios transportistas, las cooperativas de trabajo asociado dedicadas al transporte, las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización de transportes, los operadores y agencias de transporte, los transitarios, los almacenistas-distribuidores, los operadores logísticos. Pongo de manifiesto este repertorio dado que de ellos se predica la obligatoriedad de contratar en nombre propio así como la habitualidad en este tipo de actividades.

<sup>77</sup> Elemento que no es novedoso, ya que esta forma de contratación se predicaba ya en el Art. 120.2 LOTT y 126.1.a), respecto a las agencias de transporte y a los transitarios. Si bien, como tuvimos la ocasión de recordar, el incumplimiento de esta obligación conducía a una sanción administrativa.

<sup>78</sup> Si bien es cierto, como ha manifestado algún autor ( *vid.* Tobío Rivas, A. M. «Los intermediarios en el contrato de transporte con especial referencia a la problemática del art. 5 LCTTM», *RDT*, Núm. 6, 2010, pág. 37), que la contratación en nombre propio quepa tanto en la actuación por cuenta propia como por cuenta ajena, no consideramos que sea ello lo pretendido por la Ley, sino más bien, enfatizar, con la reiteración que hace del término «en nombre propio», la actuación por cuenta propia.

<sup>79</sup> La enorme oposición por parte de estos intermediarios (ejemplificada aquí con la postura de los transitarios) a la Ley se pudo de manifiesto en continuas circulares que las diferentes asociaciones y federaciones de transportistas realizaron (FETEIA, FETEIA-OLT, etc.), ya que estos no veían necesaria esta contratación cuando contrataban en nombre ajeno (en nombre de su cliente) antes los transportistas efectivos.

<sup>80</sup> Se pretende con ello evitar la ligereza con la que ciertos operadores contrataban en nombre ajeno para evitar así futuras responsabilidades, presumiendo que todo contrato (sean las partes quienes sean) se celebrarán en nombre propio.

<sup>81</sup> No tendrán la consideración de actividades de mediación a efectos de lo dispuesto en el punto anterior las realizadas por: a) Los transportistas que utilicen la colaboración de otros para hacer frente a excesos de demanda o para realizar transporte combinado, en ambos casos de conformidad con lo previsto en esta Ley. b) Los almacenistas distribuidores, según lo dispuesto en el artículo 125. c) Los centros de información y distribución de cargas, según lo dispuesto en el artículo 124. d) Los transitarios de conformidad con lo previsto en el artículo 126. e) Las personas que contraten el transporte de mercancías que no sean de su propiedad, cuando dicho transporte hubiera podido llevarse a cabo por las mismas en régimen de transporte privado complementario por darse las circunstancias previstas en el artículo 102. f) Las cooperativas y sociedades comercializadoras a que se refiere el artículo 61.

Lo primero que hay que preguntarse es qué sujetos se encuentran obligados por esta modalidad de contratación. Varias respuestas son posibles. Una, que los obligados sean sólo usuarios-cargadores y transportistas (entendiendo que estos carecen ya del carácter de comerciantes); otra, que lo sean todos los intervinientes en un contrato de transporte (donde incluiríamos también al resto de operadores del Art. 5.2 LCTTM). Dada esta aparente doble posibilidad en la tipología de contratación es comprensible la reiteración, por medio de lista enumerativa de operadores de transporte, que de esta modalidad de contratar hace el Art. 5.2 LCTTM refiriéndose a los transitarios, agencias, y demás operadores del transporte. Es por ello que cabe afirmar que esta primera obligación se refiere, no sólo a los cargadores y porteadores, sino que se *presuponen* celebrados en nombre propio igualmente todos los contratos de transporte, con lo que ello llevaría a concluir que los contratos celebrados entre los intermediarios-operadores y los cargadores o porteadores comparten también esta naturaleza<sup>82</sup>. *Excepcionalmente* «podrá alegarse la contratación en nombre ajeno cuando se acredite que así se había hecho constar de forma expresa y suficiente en el momento de contratar, indicado la identidad de la persona en cuyo nombre se contrata, y que la intermediación se realizó con carácter gratuito» (Art. 5.1 LCTTM). Tres son los requisitos necesarios para que los sujetos intervinientes en el transporte puedan acogerse a este carácter contractual. El primero de ellos es hacer constar de forma expresa y suficiente este hecho. Señalar que dados los diferentes efectos derivados del carácter o modalidad con la que se intervenga o actúe en la contratación, en este caso de transporte, se reputa necesario no sólo expresar la ajenidad, sino también acreditarla o dar fe de la misma, por certeza y seguridad en el tráfico mercantil. El segundo y tercer requisitos serían la obligación de indicar la identidad de la persona en cuyo nombre se contrata, así como el carácter gratuito de la *prestación*. Dado que estos mismos requisitos aparecen ya recogidos para los comisionistas<sup>83</sup> que contraten en nombre ajeno (art. 246-247 C. Com.), parece desprenderse que la intención del legislador es la de adjudicar la noción de simple comisionista (art. 275 C. Com.) a aquellos que se contraten en nombre ajeno, reservando la condición de porteadores contractuales a aquellos que lo hagan en nombre propio.

<sup>82</sup> Todo sujeto no enunciado en el art. 5 no podrá contratar en nombre ajeno un desplazamiento terrestre de mercancías, ya

que dicha excepción sólo es aplicable a los operadores enunciados. De esta manera todo operadores diferente a los arriba referenciados deberá siempre, como principio general, participar en un contrato de transporte en nombre propio (salvo que cumpla los requisitos previstos en el apartado primero del artículo). De esta manera se evita que cualquier sujeto (dada la ausencia de comercialidad requerida por la nueva Ley) pueda contratar y verificar transportes para el público alegando contratación en nombre ajeno con el único propósito de atenuar su responsabilidad.

**83** Artículo 246 C. Com.: Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratarse, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí. Artículo 247: Si el comisionista contratase en nombre del comitente, deberá manifestarlo, y si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo o en la antefirma, declarando el nombre, apellidos y domicilio de dicho comitente.

De otra parte, como el propio texto parece contemplar, cabría otra condición para contratar en nombre ajeno, cual es la ausencia de habitualidad en la intervención de contratos de transporte (dado que el Art. 5.2 LCTTM prevé que se obligarán en nombre propio aquellos que contraten o intermedien habitualmente transportes, de no hacerlo así se entiende que no serán obligados a adoptar dicha modalidad de contratación). Es decir, la ausencia de profesionalidad/habitualidad en la actuación del operador ocasional equipararía la contratación en nombre ajeno con el mandato civil (cabría asemejar, si se quiere, estos sujeto con la figura del simple comisionista a la que hace referencia el Art. 275 del C. Com., artículo no derogado por la LCTTM), diferenciado de la comisión mercantil en que ésta se presume retribuida (Art. 277 C. Com.) y aquél gratuito (Art. 1711 C. Civil). Lo que no puede ser de otra manera, pues cobrar sin asumir responsabilidades resulta insensato, al margen de la calificación extrajurídica que tal actuación suscite.

Ha de recordarse que algunos de los operadores arriba referenciados no siempre actúan como *comisionistas de transportes* obligados a contratar en nombre propio, sino que en algunas ocasiones actúan como simples comisionistas, sin que se les pueda atribuir la condición, ni de comisionistas de garantía ni de porteadores contractuales<sup>84</sup>. Tal es el caso de actividades como «recibir, consignar y poner a disposición de los transportistas o de los destinatarios de las mercancías procedentes o destinadas al transporte internacional» (Art. 167.1 ROTT). En esta variedad de operaciones puede decirse que actuaría «como un simple comisionista, sin que pueda sostenerse que se trata ni de un porteador contractual ni de un comisionista de garantía»<sup>85</sup>.

**84** «En el ejercicio de tal actividad se entenderán como funciones propias de las Agencias de Transportes todas las actuaciones previas de gestión, información, oferta y administración de cargas o servicios, necesarias para propiciar o conformar las fases preparatorias o de conclusión de la contratación de transportes que dichas Agencias realicen en nombre propio, según lo previsto en el artículo siguiente» o sea el 144 que les impone la obligación de actuar como «comisionistas». STS, Sala 1ª, de 19 de abril de 1990 ó STS, de 10 de octubre de 1993.

**85** Tobío Rivas, *Los transitarios en el transporte...*, op. cit., p. 202.

Tras el elenco de operadores del párrafo segundo, como de aquellos que sin estar recogidos en esta enumeración contraten o intermedien habitualmente transportes, se dice de estos que *sólo podrán contratar en nombre propio*. A estos operadores se les excluye de la posibilidad de contratación a la que se refiere el párrafo primero, ya que de no ser así habría una reiteración innecesaria. Por este motivo debemos entender que estos operadores no podrán, aún cumpliendo los requisitos del párrafo primero, contratar en nombre ajeno (de hacerlo, como les permiten los Art. 246 y 247 C. Com, no estarían dentro del ámbito de actuación de la LCTTM, sino de la simple comisión mercantil del Art. 275 C. Com.). Extraño es, a mi entender, sin embargo, que la ley permita que estos sujetos *contraten o intermedien habitualmente*. Dada esta dualidad en la forma de participación en el contrato de transporte, bien como parte contractual, bien como intermediario (en sentido económico), solución válida sería entender que la Ley, asumiendo el criterio jurídico-obligacional de la noción de porteador, asimila la naturaleza jurídica de los *intermediarios* con la de los porteadores, y por esta razón los equipara jurídicamente (da tal forma que bien contratando, bien intermediando, deben actuar en nombre propio)<sup>86</sup>. El concepto de *habitualidad* (y por consiguiente el de comerciante del porteador) no ha desaparecido totalmente de la normativa, si bien parece que este ha cambiado. La habitualidad que se recoge en el Art. 5 de la LCTTM se predica de los empresarios transportistas, las cooperativas, agencias, transitarios, almacenistas-distribuidores, sociedades de comercialización o de cualesquiera que contraten transportes o intermedien en su contratación. En el caso de no dedicarse habitualmente a estas operaciones podrán,



excepcionalmente, contratar en nombre ajeno (de esta manera, parece que la Ley reserva la facultad de contratación de operaciones particulares y determinadas a los comisionistas, sustrayendo esta actividad del *verdadero* contrato de transporte que deberá realizarse siempre en nombre propio). El problema que esto suscita es si esta habitualidad hace referencia al porteador o a figuras afines que intermedien en la contratación de transportes. Cuestión esta no falta de razón, en especial por la desaparición de la noción de comisionista de transportes recogida en el derogado Art. 379 del C.Com. El *criterio de habitualidad* ha dejado de ser definitorio de la figura del porteador mercantil ostentando una nueva función como criterio delimitador de la contratación en nombre propio o en nombre ajeno.

<sup>86</sup> Por congruencia con lo dispuesto en el artículo 4.2 LCTTM, la condición o actuación de mediador no se funda en la posesión o no de medios materiales para la ejecución del transporte, sino en asumir frente al cargador la obligación de transportar aunque contrate a otro sujeto para realizar materialmente el transporte.

La LCTTM, por tanto, impone a todos los operadores de transporte, incluidos los transitarios, contratar en nombre propio, con la secuela que se deriva del artículo 4.2 de la propia Ley, de que por el hecho de contratar en nombre propio el operador sea considerado como porteador, incluso contra su voluntad. Se ha querido ver en esta medida *restrictiva* la protección de los intereses de los cargadores facilitando que estos puedan acudir contra el sujeto con el que contratan, en lugar de tener que acudir contra aquél transportista que materialmente realiza el desplazamiento de las mercancías.

Este operador-intermediario, al contratar en nombre propio, asume directamente la responsabilidad por la pérdida, deterioro o retraso de las mercancías, asumiendo la legitimación pasiva de todas las acciones que de ello se deriven. Para los intermediarios el punto de vista es distinto. Estos argumentan que «la mejora en todos los órdenes de la información y de las comunicaciones pone a los transportistas materiales o efectivos de cualquier país europeo al alcance de los cargadores, sin contar con que en toda la UE se exigen para el acceso al mercado de los transportes terrestres unas condiciones de solvencia y fiabilidad que antes no se requerían»<sup>87</sup>. En consecuencia, desde el punto de vista de estos últimos la restricción que supone dicha obligación «carece de necesidad y proporcionalidad», sin olvidar que «la posición de cada uno en un contrato (como transportista, transitario, agencia de transportes, etc.) sólo tiene que depender de su voluntad, constituyendo una grave anomalía difícilmente justificable desde una perspectiva jurídica imponerla por vía legal, tal como hace el artículo 5.2 citado»<sup>88</sup>. Como consecuencia de esta nueva responsabilidad, no puede olvidarse que contratar en nombre propio supone, aparte de las cuestiones planteadas, un mayor coste para el servicio objeto de contratación debido a la necesidad de proveerse del correspondiente seguro que cubra las responsabilidades inherentes a esta modalidad de contratación. Porque cuando el transitario actúa en nombre propio, siendo considerado como un porteador, tendrá que asegurar sus responsabilidades como tal sin perjuicio de las que le corresponden como transitario, produciéndose por dicho motivo un doble seguro sobre una misma clase de responsabilidad, la de transportista, que tendrán que contratar el transitario y el transportista material o efectivo. Este incremento en los costes repercutirá en el usuario. En cuanto a los transportistas, su situación queda, si se puede decir así, inalterada.

<sup>87</sup> FETEIA-OLT. «Punto de vista de FETEIA-OLT sobre la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías». 15 de marzo de 2010, p. 2. Alegan estos intermediarios que desde la aprobación del Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en el que se prevé expresamente que en defecto de elección por las partes, la ley aplicable cuando no coincidan los lugares de recepción, entrega y de residencia habitual del transportista, será la del lugar de entrega de las mercancías convenido por las partes, con lo cual, al determinar la ley aplicable y con ello la competencia judicial, resulta que los transportistas extranjeros podrán ser demandados en España sin necesidad de tener que hacer responsables de sus actos a los intermediarios del transporte.

<sup>88</sup> FETEIA-OLT. «Punto de vista de FETEIA-OLT sobre la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías». 15 de marzo de 2010, p. 3.

En definitiva, podemos afirmar que la figura del comisionista de transporte en su versión de comisionista de garantía ha dejado de tener razón teórica, ya que no se permite desde la entrada en vigor de la ley la contratación en nombre ajeno, aunque esta sea sostenida por una *cláusula de garantía*<sup>89</sup>, tácita e inderogable si se quiere, que proteja al cargador. La figura del comisionista de

transporte como *verdadero porteador*, por el contrario, pese a desaparecer terminológicamente<sup>90</sup> tanto del Código como de la nueva ley, cobra todo su vigor en la concepción que le otorga la LCTTM en cuanto a su naturaleza jurídica. La asunción por la ley de la doble noción de porteador contractual y porteador efectivo permite afirmar que el legislador opta por un comisionista de transporte como porteador, ya no sólo como garante que se subroga en la posición jurídica de este, así en cuanto a las obligaciones y responsabilidades de éstos como respecto a su derecho (Art. 379 C. Com), sino que es a todos los efectos porteador, contractual, pero porteador, y por tanto tendrá los derechos y obligaciones que le correspondan como tal.

<sup>89</sup> Por todos Garrigues, *Curso de derecho...*, op. cit., pp. 210-211.

<sup>90</sup> Extraño es, sin embargo, que el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima, todavía en fase de enmiendas en el momento de redacción de estas páginas, recoge asombrosamente en su Art. 315 el término «comisionista de transporte» para referirse al porteador contractual.

Pero, ¿qué ocurrirá si estos operadores se niegan a contratar en nombre propio alegando libertad de pacto? ¿Qué sanciones prevé la ley para atajar este problema? Recordemos que la LOTT preveía una serie de sanciones administrativas de carácter pecuniario (Art. 140 LOTT) en forma de sanciones graves y muy graves para aquellos intermediarios que se negasen a tal actuación contractual. Esos artículos mantienen hoy en día su vigencia. Responder a las preguntas planteadas tiene especial importancia, ya que estas afectan, no sólo a las posibles sanciones que de su incumplimiento se deriven, sino a los plazos de prescripción de estas acciones (Art. 78 y 79 LCTTM, en lugar de los derogados Art. 951 y 952 del C. Com.). Los contratos celebrados entre los intermediarios y los transportistas en representación directa de sus clientes (es decir en nombre y por cuenta de estos) carecerán ya de validez. La *presunción ( iuris et de iure )* de que estos se celebrarán en nombre propio permite concluir que, pese a lo que establezcan las partes, se entenderá que el contrato ha sido celebrado en nombre propio. Algunos autores, recurriendo al carácter dispositivo de la norma (art. 3 LCTTM), el cual establece que «salvo expresa estipulación contraria de esta ley o de la legislación especial aplicable, las partes podrán excluir determinados contenidos de esta ley mediante el correspondiente pacto», se plantean la posibilidad de dicho pacto, más aún cuando la propia Ley no predica de este artículo explícitamente su imperatividad<sup>91</sup> (como si hace, por ejemplo, en relación a la responsabilidad del porteador). No obstante, no parece ser esta, a tenor de la redacción del articulado, la intención del legislador. Dichos términos inclinan a sostener que la naturaleza del precepto es imperativa<sup>92</sup>.

<sup>91</sup> Vid. Tobío Rivas, A. M. «Los intermediarios en el contrato...», op. cit., págs. 41-42.

<sup>92</sup> Vid. Tobío Rivas, A. M. «Los intermediarios en el contrato...», op. cit., págs. 42. Conclusión que compartimos.

Cabría finalizar diciendo que las figuras recogidas por la ley en el artículo quinto comparten la noción jurídica de los porteadores (contractuales si cabe), ya que asumen frente a los cargadores la obligación de transportar incólumes las mercancías encomendadas de un lugar a otro. Este criterio, no exento de críticas, ha sido el recogido por la Ley (Art. 4-6 LCTTM) y es el propuesto en las reformas que el Derecho del transporte está sufriendo en los últimos años. Ejemplo de ello, por mencionar uno, es el Proyecto de Ley General de la Navegación Marítima. En el Art. 315 del citado proyecto, al hablar sobre la figura del porteador contractual y porteador efectivo se dice de ellos que «en el primer caso ( *porteador contractual* ) estarán comprendidos los comisionistas de transportes, transitarios y demás personas que se comprometan con el cargador a realizar el transporte por medio de otros». La desaparición de la figura del comisionista de transporte –como término conceptual– es posible gracias a la asunción de una doble noción de porteador que la Ley lleva a cabo.

### III . Conclusiones

La LCTTM, a pesar de algunas deficiencias de las que adolece en cuanto a la determinación de los sujetos legítimamente responsables (de especial importancia es la confusa regulación que lleva a cabo en torno a la figura del porteador efectivo), es la reforma de la que nuestro sistema adolecía. Aclara algunos de los aspectos más discutidos a lo largo de las últimas décadas ha sido el objetivo de la misma. La noción de contrato de transporte (y en espacial lo referente a su carácter mercantil),

la figura del porteador y del comisionista de transporte, o la dualidad conceptual en torno a la figura del porteador, bien como contractual, bien como efectivo, parecen haber encontrado un adecuado tratamiento en la Ley.

La noción de contrato de transporte como aquel contrato por el que *una persona física o jurídica asume la obligación de trasladar mercancías de un lugar a otro*, así como la puesta a disposición de la carga a la persona designada en el contrato, ha permitido consagrar una noción de porteador, no como un mero ejecutor del transporte, sino como el sujeto que asume el traslado de la carga y asegura que estas llegan a su destino.

Igualmente relevante, más si cabe, es la desaparición que la LCTTM, mediante la derogación del Art. 349 C. Com., hace de mercantilidad atribuible al contrato de transporte. Ya no será preciso que el porteador sea comerciante o se dedica habitualmente a verificar transportes para el público, como exigía el texto del Código. Tras la desaparición de esta necesidad, cualquier sujeto que *asuma la obligación* de trasladar las *mercancías* y ponerlas a disposición del destinatario, o cualquier otra persona designada en el contrato, podrá ser parte contractual de un contrato de transporte como porteador. La habitualidad requerida al porteador como criterio definitorio de su noción, sin embargo, ha mutado. Esta ha dejado de ser criterio necesario y definidor de la figura del porteador ostentando una nueva función como criterio delimitador de la forma de contratación, bien en nombre propio, bien en nombre ajeno. Debe añadirse, además, como criterio *novedoso en la regulación mercantil*, introducido por la LCTTM, es la onerosidad del contrato de transporte mercantil. El precio se constituye como requisito intrínsecamente unido a la mercantilidad de la obligación contraída. Todo contrato de carácter gratuito no tendrá cabida en el ámbito de aplicación de la Ley. Estamos, por tanto, ante una «generalización» del contrato de transporte

El Art. 4 LCTTM, estableciendo por primera vez en una norma mercantil, una definición de porteador, parece dirigir su mirado hacia la necesidad de que este asuma la obligación comprometida en nombre propio. Frente a la literalidad del precepto, posiblemente confundible con una visión fáctica de la noción del porteador, una interpretación finalista de la norma, más acorde al espíritu de la misma, permite concluir que el porteador es, no quien ejecuta materialmente el transporte, sino quien asume la obligación de transportar mercancías –incólumes– de un lugar a otro.

¿Es esta modalidad de contratación en nombre propio imperativa o dispositiva?, ¿qué sujetos son los obligados a la misma?, ¿cabe alguna excepción? Estas son algunas de las preguntas a la que hemos intentado dar respuesta a lo largo de las páginas precedentes. Recordar, por la repercusión que pueda tener, que la excepción que prevé el propio texto de la norma, Art. 5, previo cumplimiento de tres requisitos (hacerlo constar de forma expresa, indicar la identidad de la persona en cuyo nombre se contrata y hacerlo de forma gratuita), permite contratar a determinados sujetos previstos en dicho artículo en nombre ajeno (nunca al elenco de operadores establecidos en el párrafo segundo, ya que de ellos expresamente se dice que deben de hacerlo en nombre propio). Sólo aquello que no contraten o intermedien con habitualidad transporte, podrán hacerlo en nombre ajeno. El criterio de habitualidad, predicable antaño a la figura del porteador, ha dejado de ser definitorio de esta figura, para convertirse en elemento delimitador de la contratación en nombre propio o en nombre ajeno. Este elenco de operadores, entre los que destacamos las agencias de transporte y los transitarios, al contratar en nombre propio, comparten la naturaleza jurídica del porteador (es porteador quien asume en nombre propio la obligación de transportar –Art. 4.2 LCTTM–), debiendo contratar en nombre propio, tanto con sus clientes como con los transportistas, asumiendo frente a unos y otros las responsabilidades derivadas de las obligaciones asumidas.

Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, largamente esperada, y necesitada, merece el más claro de los elogios. La presente Ley tiene por objeto actualizar el régimen jurídico del contrato de transporte terrestre de mercancías en vigor sin apenas modificaciones desde el momento de la promulgación del Código en 1885 (aunque actualizado en parte por la LOTT), el cual no estaba en condiciones de dar respuesta a las muy cambiantes necesidades del transporte actual. Habrá que esperar, eso sí, a su contraste con la realidad del sector a través de su aplicación práctica. Pero no cabe la menor duda de que será una Ley bien recibida y aceptada en el sector.